

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

BRUNA WEISS FILOMENO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA
PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME ORGANIZADO**

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

BRUNA WEISS FILOMENO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA NA
PREVENÇÃO E REPRESSÃO DO CRIME ORGANIZADO**

Trabalho de Conclusão de Curso apresentado ao
Curso de Graduação em Direito da Universidade
Federal de Santa Catarina como requisito parcial
para a obtenção do título de Bacharel em Direito.

Professor Orientador: Dr. Francisco Bissoli Filho.

FLORIANÓPOLIS – SC

2015

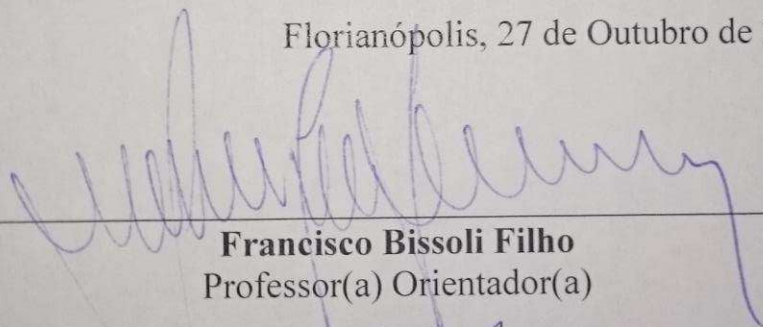
A aprovação da presente monografia não significará o endosso do professor orientador, da banca examinadora e da Universidade Federal de Santa Catarina à ideologia que fundamenta ou que nela é exposta.

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM
DIREITO

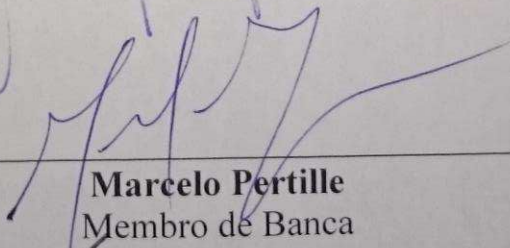
TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado "**A (in)constitucionalidade da colaboração premiada na prevenção e repressão do crime organizado.**", elaborado pelo(a) acadêmico(a) **Bruna Weiss Filomeno**, defendido em **27/10/2015** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10,0 (DEZ), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

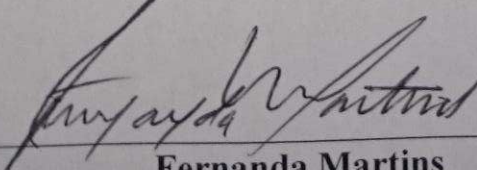
Florianópolis, 27 de Outubro de 2015



Francisco Bissoli Filho
Professor(a) Orientador(a)



Marcelo Pertille
Membro de Banca



Fernanda Martins
Membro de Banca

*Ao meu estimado Professor, Dr. Francisco Bissoli
Filho, por sua incansável paciência e dedicação.*

AGRADECIMENTOS

Minha especial gratidão a Deus, por ter me abençoado ao longo de toda a minha vida, por ter permitido meu ingresso na Universidade Federal de Santa Catarina e ter me feito chegar até aqui.

Agradeço a toda minha família, principalmente aos meus pais, Irene Weiss Filomeno e César Maurício Baasch Filomeno, os quais me incentivaram a seguir a carreira jurídica, ainda que eu não acreditasse àquela época nessa possibilidade, quando estava prestando vestibular para Arquitetura. Sou grata a eles por conhecerem a minha vocação tão bem. Devo a eles tanta felicidade e satisfação pessoal. Obrigada pela dedicação diária, por me proporcionarem todo o conforto, condições de estudo, por debaterem questões polêmicas comigo, mesmo durante muitos cafés da manhã e almoços, por serem exemplos de amor, fé e integridade.

Ao lado dos meus pais, está o amor da minha vida, Pedro Henrique de Jesus, que me proporcionou toda a estrutura emocional ao longo desses anos. Obrigada por todo amor e dedicação empenhados. Ainda que os momentos, às vezes, fossem de angústia, cansaço ou tristeza, a sua cumplicidade e fidelidade permaneceram inabaláveis.

Agradeço à minha avó, Ivone Schultz Weiss, por ser símbolo de mulher batalhadora e por não medir esforços para reunir a família sempre; à avó (*in memoriam*), Helka Míriam Baasch Filomeno, que permanece sendo meu maior exemplo de bondade.

Minha eterna gratidão à minha primeira chefe de estágio e amiga, Dra. Marina Torquato Teixeira, que me ensinou a sonhar alto e acreditar no meu potencial. Ela será sempre o meu maior exemplo de disciplina e devoção aos estudos.

Agradeço ao Desembargador Alexandre D'Ivanenko e às pessoas que conheci em seu gabinete, em especial, ao Adivanir Ceccato Júnior, à Ana Carolina Faraco e à Cláudia Carreirão, pela oportunidade de estagiar na área criminal e cível, por terem despertado em mim o amor ao Direito e me inspirado na escolha do tema do presente Trabalho de Conclusão de Curso.

Agradeço à 9ª Vara Federal de Florianópolis, especialmente, ao Juiz Federal, Dr. Ivori Luís da Silva Scheffer, ao Juiz Substituto Federal, Dr. Eduardo Didonet, ao Diretor da Secretaria, Anderson Lueders e à Analista Federal, Rosélia Hildebrand, que se mostraram sempre solícitos em me ajudar. Sou grata, de forma ímpar, à Rosélia, por ter feito tudo que estava em seu alcance para me ensinar execução fiscal, pelos conselhos, pelos debates diários. Sentirei falta da sua alegria e vivacidade.

Também gostaria de agradecer aos grandes amigos – Ariane, Ellora, Fábio, Gabriela, Jaqueline, Lorrana, Maria Eduarda, Milena, Patrícia, Thais e toda sala 2011.2 -, que fizeram parte da minha trajetória na UFSC. Especialmente ao meu “sócio” do EMAJ, José Victor Crepaldi, com quem compartilhei muitos momentos inesquecíveis, oportunidade em que descobri o quão perfeccionista, paciente e dedicada uma pessoa pode ser. Obrigada por tudo.

Agradeço ao Icaroti dos Santos Júnior, cuja fidelidade e amizade perseveraram ainda quando éramos concorrentes de vestibular. Agradeço por termos alcançado nossa vaga na UFSC juntos e vivenciado tantos momentos felizes nesses anos, assim como sonhávamos. Obrigada por existir na minha vida!

Agradeço aos meus amigos de infância Amanda Fabrin, Amanda Buratte, Athos Martini, Danielle Jungklaus, Elise Lacerda, Giovanna Magnanti, Lays Halsey, Lucas Amorim, Maria Júlia Philippi Silveira e Vinícius Carneiro, porque, apesar de termos seguido caminhos diferentes e não nos falarmos mais tanto quanto na época do colégio - em razão das diferentes carreiras escolhidas - quando nos vemos, é como se nenhum tempo tivesse passado...

Por fim, agradeço aos brilhantes professores da UFSC, em especial, ao meu Orientador, Dr. Francisco Bissoli Filho, que é exemplo de excelência profissional e acadêmica. Obrigada por ter respondido aos meus e-mails prontamente e por todos os conselhos dados. Obrigada por ter corrigido até as vírgulas do presente trabalho. Nunca irei me esquecer do seu perfeccionismo, dedicação e genialidade ao lidar com uma dupla jornada de trabalho, na Procuradoria Geral de Justiça e na UFSC. Ter sido orientada por ele é motivo de grande orgulho para mim.

“Numa época de mentiras universais,
dizer a verdade é um ato revolucionário”.

(George Orwell)

FILOMENO, Bruna Weiss. **A (in)constitucionalidade da colaboração premiada na prevenção e repressão do crime organizado**. 2015. 120 f. Monografia (Graduação) - Curso de Direito, Centro de Ciências Jurídicas, Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2015.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objeto de estudo a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, em especial a (in)constitucionalidade da utilização do instituto da colaboração premiada na repressão e prevenção do crime organizado, tendo em vista a importância desse instituto no atual contexto histórico brasileiro. Divido em três capítulos, o trabalho descreve, primeiramente, o fenômeno do crime organizado, iniciando pelos seus antecedentes históricos e a sua manifestação em diversos países. Em um segundo momento, apresentam-se as normas internacionais e nacionais relativas ao combate da macrocriminalidade organizada, encerrando-se esta primeira parte com os principais institutos típicos de controle dessa espécie de criminalidade. No segundo capítulo, conceitua-se o instituto da colaboração premiada e se aborda o seu uso e a sua eficácia no Brasil, com a menção de diversos casos em que esse instituto foi aplicado. No terceiro capítulo, descrevem-se os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do instituto da colaboração premiada e se apresentam sugestões de melhorias da Lei n. 12.850/2013, no que tange ao referido instituto.

Palavras-chave: Colaboração Premiada. Crime Organizado. Direito Constitucional. Direito Penal. Direito Processual Penal.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	12
2 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO.....	15
2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	15
2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E NO MUNDO.....	15
2.2.1 Aspectos gerais do estudo histórico do crime organizado	15
2.2.2 O crime organizado na Itália.....	17
2.2.3 O crime organizado nos Estados Unidos	19
2.2.4 O crime organizado no Brasil.....	20
2.2.5 O crime organizado nos demais países	23
2.3 A LEGISLAÇÃO RELATIVA AO CRIME ORGANIZADO	24
2.3.1 Convenção de Palermo (Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004).....	24
2.3.2 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006).....	26
2.3.3 Da legislação no âmbito do direito interno brasileiro	27
2.4 OS INSTITUTOS ESPECÍFICOS DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO DA LEI N. 12.850/2013	32
2.4.1 Ação controlada	33
2.4.2 Agente Infiltrado	35
2.4.3 Do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.	37
3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO UM DOS INSTITUTOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO.....	39
3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	39
3.2 O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	39
3.2.1 Conceito do instituto de colaboração premiada	39
3.2.2 Um breve estudo de direito comparado.....	42
3.2.2.1 O arrependimento processual do Direito espanhol	43
3.2.2.2 O “pentitismo” do Direito italiano	44
3.2.2.3 O “plea bargaining” do Direito estadunidense.....	46
3.2.3 Evolução legislativa da delação premiada no ordenamento brasileiro	50
3.2.4 Síntese das inovações trazidas com a Lei n. 12.850/2013	57
3.3 O USO E A EFICÁCIA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL.....	60
3.3.1 Os usos do instituto da colaboração premiada no Brasil.....	60

3.3.1.1 O caso Dorothy Stang	61
3.3.1.2 O caso da Operação Ouro Branco.....	61
3.3.1.3 O caso do Mensalão	63
3.3.1.4 O caso da Operação Lava Jato.....	64
3.3.1.5 A colaboração premiada nos tribunais brasileiros.....	67
3.3.2 A eficácia do instituto da colaboração premiada no Brasil	69
4 QUESTIONAMENTOS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA EM FACE DO CRIME ORGANIZADO E SUGESTÕES DE AJUSTES	71
4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS	71
4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA	71
4.2.1 Lesão à titularidade do Ministério Público em relação à ação penal pública incondicionada	71
4.2.2 Lesão ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública	74
4.2.3 Lesão ao devido processo legal substancial	78
4.2.3.1 A lesão à garantia da ampla defesa e contraditório	79
4.2.3.2 A lesão ao direito de silêncio	83
4.2.3.3. A lesão ao tratamento isonômico entre os acusados.....	87
4.2.3.4 A lesão ao princípio do juiz natural	90
4.3 ARGUMENTOS A FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA	92
4.3.1 A proporcionalidade e a individualização da pena	92
4.3.2 Emergências investigativas e os deveres estatais de proteção	97
4.3.3 O caráter preventivo das penas.....	102
4.4 OS NECESSÁRIOS AJUSTES NO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA	104
4.4.1 Da impossibilidade de autoridade policial propor a colaboração premiada sem a anuência do Ministério Público	104
4.4.2 Da impertinência do critério de não ser o líder da organização criminosa e da necessidade de regulamentação do procedimento relativo ao não oferecimento da denúncia.....	105
4.4.3 Da impossibilidade de o corréu colaborador ser ouvido como testemunha.....	107
5 CONCLUSÃO.....	110
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	115

1 INTRODUÇÃO

Um dos mais graves e importantes problemas que se apresentam aos estudiosos das ciências penais é a macrocriminalidade, em especial o crime organizado, e o maior desafio contemporâneo é a descoberta de meios mais eficazes para reprimi-lo, tendo em vista que essa espécie de criminalidade se caracteriza pelo elevado grau de ofensividade à segurança pública. Também o Brasil já conta com diversos grupos especializados na transgressão das suas leis, nas mais diversas áreas de atividades.

Diante da institucionalização do crime organizado no Brasil, surgiu a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, com inúmeras novidades no que diz respeito do instituto da colaboração premiada, fazendo com que se enriquecessem, no meio jurídico, os debates a respeito da internalização desajeitada de diretrizes normativas internacionais, além de se discutir a sua aceitação à luz da Constituição.

Assim, o instituto da colaboração premiada tem enfrentado diversos questionamentos. O presente trabalho tem como objetivo buscar respostas para os problemas relacionados à constitucionalidade do instituto da colaboração premiada em face da Lei n. 12.850/2013.

A partir do estudo a ser realizado, será possível perceber como é amplo o debate a respeito da (in)constitucionalidade do instituto da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, de forma que se busca abarcar os principais argumentos desfavoráveis e favoráveis, sem olvidar o razoável equilíbrio entre essas ponderações críticas de ambas perspectivas, sem que se tenha a pretensão de esgotar todas as possíveis questões que serão objeto de controvérsia, tendo em vista que este trabalho não é um estudo de caso concreto.

Assim, o objetivo do presente trabalho é descrever o fenômeno da criminalidade organizada e o instituto da colaboração premiada, como um dos instrumentos para se possibilitar a prevenção e a repressão a esse fenômeno, bem como apontar e sistematizar os questionamentos relativos ao instituto da colaboração premiada, mais precisamente, no que se refere aos argumentos contrários e a favor a sua constitucionalidade.

Para isso, utilizar-se-á, como método de abordagem, o dedutivo, consistindo este na conclusão de premissas particulares, a partir de uma dada generalização. O método procedimento será o descritivo-argumentativo e a técnica de pesquisa será a bibliográfica, valendo-se de fontes legislativas, doutrinárias e jurisprudenciais, as quais proporcionam as diretrizes do direito penal, direito processual penal e do direito constitucional. Assim, o marco teórico teve supedâneo nos direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988.

O trabalho está dividido em três capítulos.

No primeiro capítulo, será descrito o fenômeno da criminalidade organizada, no que diz respeito aos antecedentes históricos, à legislação destinada à repressão e prevenção do crime organizado e aos institutos específicos relativos a essa criminalidade. Assim, será analisada a gênese do crime organizado e o contexto histórico em que esse fenômeno surgiu, ressaltando algumas das suas transformações e características no Brasil e demais países. Em um segundo momento, descrever-se-ão as legislações específicas para o combate da macrocriminalidade, tanto no âmbito internacional, como a Convenção de Palermo e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, quanto no âmbito do direito interno, como é o caso da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, a Lei n. 12.694, de 24 de junho de 2012 e a Lei n. 12.850/2013. Por fim, descrever-se-ão os diversos institutos criados pelas leis penais e processuais voltados a facilitar a apuração dessa modalidade criminal, entre os quais estão a ação controlada, a infiltração policial, o monitoramento ambiental, a quebra do sigilo financeiro e dados cadastrais, ou seja, os meios extraordinários de obtenção de provas.

No segundo capítulo objetiva-se discorrer sobre o conceito do instituto da colaboração premiada e a evolução legislativa da delação premiada no ordenamento jurídico brasileiro, ressaltando as inovações trazidas pela a Lei n. 12.850/2013, bem como ao uso e à eficácia desse instituto no Brasil. No seu primeiro momento, tratar-se-á do conceito do instituto da colaboração premiada e da sua diferenciação em relação à delação premiada, realizando-se um breve estudo comparado, em especial com os institutos do “arrepentimento processual”, previsto no Direito espanhol, com do “pentitismo”, previsto no Direito italiano, e do “plea bargaining”, disciplinado no Direito dos Estados Unidos, esmiuçando algumas peculiaridades do contexto histórico e diferenças procedimentais. Ainda neste primeiro momento, analisar-se-á a evolução legislativa da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações Filipinas até a nova Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013) e serão pontuadas as inovações trazidas para o instituto da colaboração premiada. No segundo momento, tratar-se-á do uso e da eficácia do instituto da colaboração premiada no Brasil, oportunidade em que serão apresentados alguns casos em que a colaboração premiada foi utilizada pelo sistema de justiça penal brasileiro, salientando a eficácia desse instituto.

No último capítulo serão sistematizados os argumentos favoráveis e contrários à constitucionalidade do instituto da colaboração premiada na repressão e prevenção do crime organizado e adotar-se-á um posicionamento crítico, oferecendo soluções aos apontamentos apresentados. Serão apresentadas, em uma primeira oportunidade, as linhas críticas de alguns

dos principais argumentos contrários à constitucionalidade do instituto, em especial as discussões sobre a lesão à titularidade do Ministério Público na ação penal, a lesão ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública - abrangendo o princípio da indisponibilidade e indivisibilidade da ação penal -, a lesão ao devido processo legal substancial, incluindo-se, neste último, o princípio da ampla defesa e do contraditório, o direito ao silêncio, o princípio do tratamento isonômico entre acusados e o princípio do juiz natural. Em um segundo momento do terceiro capítulo, serão apresentados os argumentos favoráveis à constitucionalidade, a partir da análise crítica do critério da proporcionalidade de Robert Alexy, da individualização da pena, bem como dos deveres estatais de proteção e das emergências investigativas, bem como far-se-á uma breve abordagem sobre a relação desse instituto com o caráter preventivo das penas.

Ressalta-se que, para a compreensão do presente trabalho, faz-se necessário despir-se de preconceitos a respeito das duas vertentes que serão analisadas, não se perdendo de vista que o agente colaborador é, acima de tudo, sujeito de direitos.

2 O FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO

2.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No presente capítulo será analisada a gênese do crime organizado e o contexto histórico em que esse fenômeno surgiu, ressaltando algumas das suas transformações e características no Brasil e demais países.

Em um segundo momento, descrever-se-ão as legislações específicas para a repressão e prevenção da macrocriminalidade, tanto no âmbito internacional, como a Convenção de Palermo e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, quanto no âmbito do direito interno, como é o caso da Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, a Lei n. 12.694, de 24 de junho de 2012, e a Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013.

Por fim, em um terceiro momento, descrever-se-ão os diversos institutos criados pelas leis penais e processuais voltados a facilitar a apuração dessa modalidade criminal, entre os quais estão a colaboração premiada, a interceptação telefônica, o monitoramento ambiental, a quebra do sigilo financeiro e dados cadastrais, a ação controlada e a infiltração policial, ou seja, os meios extraordinários de obtenção de provas.

2.2 ANTECEDENTES HISTÓRICOS DO FENÔMENO DO CRIME ORGANIZADO NO BRASIL E NO MUNDO

2.2.1 Aspectos gerais do estudo histórico do crime organizado

É cediço que a criminalidade organizada sofreu inúmeras alterações no decorrer dos séculos e varia de acordo com o tempo e o espaço em que está inserida, de maneira não linear. Imperioso elucidar que esse fenômeno se manifestou com diferentes denominações ao redor do mundo, destacam-se os "comandos", no Brasil; as "máfias", na Itália; os "cartéis", na Colômbia e México; a Yakuza, no Japão; a Tríade, na China.

O primeiro aspecto sobre os antecedentes históricos das organizações criminosas reside em qual seria o marco inicial a se adotar e quais requisitos para a escolha da configuração desse fenômeno, sob pena de se tornar inútil essa análise e de descaracterizar o objeto a ser estudado.

Com o objetivo de proporcionar uma razoável comparação entre o surgimento das organizações criminosas no Brasil e demais países, optou-se por centralizar essa discussão,

abrangendo, prioritariamente, a Itália e os Estados Unidos, o que não significa que o itinerário da pesquisa não será contextualizado no tempo e espaço.

Segundo leciona Ferro (2012, p. 69-70), nos primórdios, tem-se a figura dos bandoleiros, que abrangia tanto os bandos quanto as associações secretas, tendo estas fins políticos mais acentuados, ressaltando-se que ambos praticavam atos ilícitos, como atividades mercenárias e furtos de animais. O escopo eminentemente político dessas associações marcava o período da Antiguidade Clássica, o que era motivo de preocupação dos tiranos nos impérios ensejando a repressão de tal conduta, embora ausente a noção de crime autônomo. Na Idade Média, havia, também, os conventículos, que aparentavam ser reuniões eclesiásticas, sendo na verdade associações de homens com o objetivo de perpetrar ilícitos.

Importante destacar que a criminalidade organizada, também tem suas origens nos séculos XVIII e XIX, na forma do “banditismo social”, que se derivou da transição do modo de produção feudal para o capitalista e no qual os agentes detinham a admiração e eram tidos como heróis pelos camponeses (FERRO, 2012, p. 75).

Ademais, a pirataria incentivada pela Coroa Inglesa no século XVII, tendo em vista a disputa com os espanhóis para a colonização do continente americano, pode ser considerada como manifestação primitiva do crime organizado, características ainda visualizadas, hodiernamente, na maioria das organizações, como: “a organização hierárquica, a perpetuação, o cunho não ideológico, a violência, o quadro selecionado de membros, a busca de lucros a partir de atividades ilegais, a corrupção e a demanda do público pelas suas mercadorias e pelo seu comércio [...]” (FERRO, 2012, p. 70).

Outrossim, Ferro (2012, p. 72) leciona, em síntese, que existe uma semelhança entre os piratas e as gangues de Nova York, pois, aproximadamente, um século depois dos piratas, os nova-iorquinos viviam um ambiente de completa miséria e de ausência de empregos, oportunidade em que o crime oferecia uma das poucas fontes de renda segura, tendo os empreendedores do crime recebido apoio de cidadãos “respeitáveis” de determinados estratos da sociedade, em face do silêncio dessas classes, assim como ocorreu com os piratas atrelados à Coroa Britânica.

As gangues de Nova York também serviram para os propósitos de políticos, devido à intimidação que proporcionavam às comunidades. Conforme Ferro (2012, p. 75), “a conexão dos piratas e das gangues de Nova York com as estruturas do Estado e a penetração destes em uma economia cada vez mais complexa aponta para dois traços em evolução do moderno crime organizado”.

A despeito de uma análise mais aprofundada sobre os precedentes históricos da

Antiguidade, da Idade Média, ou da pirataria, o entendimento de Zaffaroni (1996, p. 46) é no sentido de ser absolutamente inútil esmiuçar essa questão, porque isso não faz mais do que indicar a ausência de alguma das características que se pretende alicerçar a categoria que hoje é aceita, colhe-se essa interpretação do seguinte trecho, *in verbis*:

[...] o “organized crime” como tentativa de categorização é um fenômeno de nosso século e de pouco vale que os autores se percam em descobrir seus pretensos precedentes históricos, mesmo remotos, porque entram em contradição com as próprias premissas classificatórias. É absolutamente inútil buscar o crime organizado na Antiguidade, na Idade Média, na Ásia ou na China, na pirataria, etc., porque isso não faz mais que indicar que se há olvidado uma ou mais das características em que se pretende fundar essa categoria, como são a estrutura empresarial e, particularmente, o mercado ilícito.

Tendo em conta essas asserções iniciais, cabe pontuar alguns aspectos da formação das organizações criminosas na Itália, nos Estados Unidos, no Brasil e nos países em geral, para que se possam visualizar as características das organizações criminosas que se perpetuam no tempo.

2.2.2 O crime organizado na Itália

Quando se menciona a máfia italiana, logo se remete ao grupo mais representativo, no que tange às raízes históricas do crime organizado. “A penetração da Máfia no mundo político pela via do clientelismo começou pela Sicília e se espalhou pela Itália.” (FERRO, 2012, p. 80).

Conforme leciona Maierovitch (1995, p. 99), a origem da palavra “máfia” é debatida, pois uns afirmam que significa “proteção” e outros atribuem seu surgimento de uma luta siciliana do século XIII contra os franceses, da qual surgiram os dizeres “Morte alla Francia Italia Avanti” (MAFIA). Por ser um termo com uma semântica variante, Lupo (*apud* BITTAR, 2011, p. 12) analisa que:

[...] é difícil caracterizar um assunto, uma tipologia ou uma sucessão de fenômenos homogêneos para concentrar sob o termo máfia; e é igualmente difícil evitar a impressão de que é justamente essa amplitude e indeterminação de campos de aplicação que é responsável pela sua fortuna.

Alguns dos fatores ensejadores para esse fenômeno foi a extensão do sufrágio eleitoral e a instituição de cargos eletivos locais, porém, a gênese embrionária das organização criminosa consiste, consoante Maia (*apud* FERRO, 2012, p. 76):

a) na não implementação da reforma agrária; b) na conservação dos latifúndios improdutivos e da opressão feudal; c) na ausência de uma classe média e a rigidez do sistema regulador da ascensão social; d) na absoluta falta de presença do Estado; e) na alta probabilidade política, aliada a sucessivas invasões estrangeiras.

Leciona Ferro (2012, p. 81) que:

Considerando que à Máfia interessavam votos e o controle dos afiliados, as suas relações com os políticos sicilianos, dos prefeitos de Palermo, aos ministros de Roma, tornaram-se a regra, de sorte que a organização principiou a condicionar autoridades públicas – políticos, magistrados e policiais -, ganhando aceitação como uma presença normal. Além de sua evolução como um sistema de grupos de poderes reais influenciador e condicionador da vida política, atuando, *exempli gratia*, no processo das eleições, da escolha de deputados e no apoio conferido a ministros do governo, e de sua presença nas relações de trabalho no campo e do comércio de produtos agrícolas, a Máfia chegou ao ramo das licitações públicas, logrando, em alguns casos, assumir controles e gestão de natureza monopolista.

Com o intuito de se fazer uma síntese da evolução do crime organizado na Itália, cumpre destacar, de maneira resumida, a classificação em quatro fases, elaborada por Santino (*apud* FERRO, 2012, p. 78-79), sendo a primeira denominada de “fenômeno pré-mafioso”, a qual abarca desde o século XVI até os primeiros decênios do séc. XIX; a segunda fase é a de “uma Máfia agrária”, em que o mafioso é, acima de tudo, um empreendedor no sentido de representar uma autoridade ausente, valendo-se da estagnação da economia do latifúndio, etapa esta que somente chegou a termo com “a derrota do movimento camponês e o sangramento dos campos mediante um expressivo fluxo migratório, cedendo a agricultura a passada ao novo equilíbrio, em nível local, nacional e europeu, dos setores produtivos”; a terceira fase é a que constitui a “urbano-empresarial”, com a propagação dos mafiosos do tipo empresário; a quarta fase e última elencada é a da “Máfia financeira”, em face da “financeirização da economia”, ou seja, ressalta-se a necessidade de acumulação de capital ilegal por meio da “opacidade do sistema financeiro”.

É importante ressaltar o período da Segunda Grande Guerra Mundial, em que, sob o fascismo de Mussolini, a Máfia siciliana foi combatida, em razão da ausência de interesse do regime vigente em ter concorrência no poder. A máfia italiana, preocupada durante a guerra com seus negócios, formou vínculo com o governo americano, cujo comportamento reergueu a Máfia siciliana.

O escândalo que desencadeou uma das maiores investigações judiciais da história do país foi chamada de “Operação Mãos Limpas”, na década de 90, que trouxe à tona o sistema de corrupção em Milão, apelidada de *Tangentopoli*, ou seja, “a cidade dos subornos”,

mas, posteriormente, a corrupção se estendeu a todas as cidades italianas. Frisa-se que alguns dados bastante alarmantes da “Operação de Mãos Limpas” assemelham-se ao que está sendo vivenciando, hodiernamente, no Brasil com a operação “Lava Jato”.

Segundo Ferro (2012, p. 98),

[...] em apenas um ano, entre abril de 1992 e fevereiro de 1993, 6.059 pessoas foram notificadas, entre elas, quase 438 deputados e senadores (de um total de 950), 873 empresários, 1.373 funcionários de partidos e 978 funcionários de comunidades, províncias e regiões; quanto às ordens de prisão, foram 2.993. Já em 1994, dois terços dos deputados e senadores haviam recebido uma notificação, sendo que até o final do ano, os procedimentos judiciais chegaram a quase seiscentos e as condenações alcançaram o patamar aproximado de trezentas.

A extorsão sistematizada nos contratos de obras públicas realizada pelos mafiosos pertencentes a praticamente todos os partidos políticos gerou, inclusive, uma crise de representatividade no cenário político do país.

2.2.3 O crime organizado nos Estados Unidos

O crime organizado nos Estados Unidos destacou-se na era da *Prohibition*, em que vigorava a “Lei Seca”, no período de 1920 a 1933, a qual proibia a venda e o uso de álcool. Por óbvio, essa legislação não impediu o consumo de álcool na sociedade, de modo que o endurecimento legal proporcionou a formação de um comércio clandestino de bebidas alcoólicas liderado por gângsters como Al Capone (1899-1947), que “representava ao mesmo tempo um assassino impiedoso e um herói para as massas” (FERRO, 2012, p. 88), perspectiva esta decorrente do seu lado assistencialista, o qual lhe consagrava simpatia por uma grande quantidade de pessoas carentes.

Ferro (2012, p. 81) explica que “[...] Al Capone não foi o primeiro empreendedor implacável a fazer uso da combinação de reconhecidos bandidos com autoridades públicas, do *underworld* (submundo) com o *upperworld* (mundo superior), para construir uma fortuna ilegal [...]”, e que, já nos anos 20 do séc. XX, a Máfia “[...] ostentava sólidas ramificações em várias cidades dos Estados Unidos, como Nova York e Chicago [...]”.

É possível afirmar que as organizações criminosas estadunidenses tiveram sua origem na Itália, tendo a máfia italiana, com o desenvolvimento da sociedade, adaptado-se à evolução tecnológica e ao comércio mundial. É o que afirma Bittar (2011, p. 14):

Assim como a sociedade evolui, a máfia também vai se adaptando aos novos

acontecimentos e “necessidades”, procurando sempre a maximização dos lucros e, se possível, a redução dos custos. Com a expansão do comércio mundial e da tecnologia, as organizações mafiosas italianas, que por hora interessam, passam a atuar fora de suas fronteiras, inicialmente, no restante da Europa, mais tarde, nos Estados Unidos, depois na América do Sul, até se tornarem totalmente globalizadas, praticando principalmente, tráfico de drogas e lavagem de dinheiro.

Constata-se que o “Sindicato do Crime” (como também é chamada a máfia nos Estados Unidos) e a “Cosa Nostra”, na Itália, são as organizações de maior poderio e influência frente às dos outros países.

2.2.4 O crime organizado no Brasil

Também o Brasil já conta com diversos grupos especializados na transgressão das suas leis, nas mais diversas áreas de atividades. Na área política, há diversas investigações e ações penais em curso relacionadas à corrupção e a desvios de recursos públicos, a exemplo da vivenciada, recentemente, por um grupo de políticos e empresários pela prática de desvios de recursos públicos, cujas operações que as investigaram ficaram conhecidas como “Mensalão” e “Lava Jato”.

No campo empresarial, constata-se a existência de atividades ilícitas organizadas para a realização do contrabando de armas e outras mercadorias, do tráfico de drogas, da sonegação de tributos, da exploração do trabalho escravo, do tráfico de pessoas e tantas outras.

Entre as organizações criminosas que mais assustam as pessoas, pelo grau de violência como atuam e por seus rígidos padrões de condutas, inclusive com sancionamento físico, estão o Comando Vermelho, no Estado do Rio de Janeiro, o Primeiro Comando da Capital, no Estado de São Paulo e o Primeiro Grupo Catarinense, no Estado de Santa Catarina. Como afirma Amorim (2005, p. 34), no seu livro “CV PCC – A irmandade do crime”, essas organizações se intitulam como “partidos do crime” e se transformaram em uma grife quase irresistível para o jovem seduzido pelo mundo criminoso, já que ser do “partido” atesta a qualidade do criminoso.

O precedente histórico citado demonstra as características embrionárias das organizações criminosas no Brasil, como é o caso do bando de cangaceiros de Virgulino Ferreira da Silva, o “Lampião” (1897-1938), e o seus seguidores, o “Antônio Conselheiro”, que desafiaram a ordem, na tentativa de fazer “justiça social” com as próprias mãos, diante da seca do sertão nordestino. Destaca-se o jogo do bicho, iniciada no limiar do século XX, como

a “primeira infração penal organizada no Brasil” Silva (*apud* FERRO, 2012, p. 100-101):

[...] A origem dessa contravenção penal é atribuída ao Barão de Drumond, que teria criado o inocente jogo de azar para arrecadar dinheiro com a finalidade de salvar os animais do Jardim Zoológico do Estado do Rio de Janeiro. A ideia foi posteriormente popularizada e patrocinada por grupos organizados, que passaram a monopolizar o jogo, mediante a corrupção de policiais e políticos. Na década de 80, os praticantes dessa contravenção movimentavam cerca de US\$ 500.000 por dia com as apostas, sendo 4% a 10% desse montante destinado aos banqueiros.

Embora presentes características do crime organizado no episódio do cangaço e na contravenção do jogo do bicho, não se pretende realizar quaisquer elucubrações desnecessárias, entendendo-se que, diante da formação de inúmeras organizações no País, deve-se destacar o surgimento do Comando Vermelho, possivelmente a maior e mais conhecida organização criminosa no Brasil.

Amorim (2005, p. 51) descreve de maneira primorosa o surgimento dessas organizações e narra que a gênese dessa organização se deu nos porões do presídio da Ilha Grande, em que os presos políticos do regime militar tiveram convivência com os prisioneiros comuns, no fim da década de 60. A proporção pode ser resumida da seguinte forma: ao passo que estes traficavam drogas, aqueles traficavam informação. “A Ilha Grande ganha *status* de um curso de pós-doutorado no crime. [...] O presídio é como uma mancha de tinta num tapete persa”.

Essa convivência permitiu que presos com amplo currículo na perpetração de crimes de alta periculosidade tivessem em suas mãos a reportagem “A guerrilha vista por dentro” de um correspondente de guerra inglês que acompanhou durante anos a luta popular no Vietnã. Os comentários sobre a luta armada renderam preciosas informações técnicas sobre como os vietcongues fabricavam munições, sobre qual era a fórmula para se produzir pólvora caseira e sobre como um exército irregular derrotou a maior potência militar do mundo: os Estados Unidos.

Amorim (2005, p. 79) cita nomes dos principais responsáveis pelo surgimento dessa organização de criminosos, entre os quais está Alípio Cristiano de Freitas, preso político, padre e professor de história e filosofia, que havia esmurrado um torturador do DOI-CODI durante um interrogatório. “Ele é capaz de organizar qualquer coisa, do pessoal da faxina ao sistema de comunicação clandestino entre os presos, da distribuição de comida ao secretariado do coletivo de presos político que vai funcionar na Ilha Grande até a remoção dos militantes [...]”.

Acrescenta o autor que os presos políticos fizeram reformas que permitiram o

funcionamento de serviços nunca antes prestados para os presos comuns, acarretando um vínculo de amizade entre eles. O fenômeno da divisão de tarefas e de hierarquia segmentada ocorreu quase como por contaminação da estrutura bem organizada dos revolucionários, gerando o Comando Vermelho e as outras facções criminosas, as quais perderam o cunho do movimento de libertação nacional e adotaram a organização para a prática de crimes comuns.

Não se pode olvidar o que Silva (*apud* FERRO, 2012, p. 101) menciona a respeito das origens do crime organizado, consistindo esta em duas fontes: da evolução natural da atividade individual para a praticada por quadrilhas profissionais em determinada espécie de crimes e a “contribuição” dos conhecimentos repassados pelos presos políticos.

Esse foi o início do que acarreta hoje os piores conflitos entre o aparato estatal para a persecução e desmantelamento da macrocriminalidade. Fala-se em desvio de tanto dinheiro que se diz ser “[...] impossível a movimentação fora dos sistemas bancários e de capitais em escala global. Simplesmente, porque não existe essa quantidade em papel-moeda” (AMORIM, 2005, p. 23). Essa quantia advém, sobretudo, da lavagem de dinheiro, do tráfico de drogas e do contrabando internacional de armas, que são os negócios mais rentáveis no planeta.

Um exemplo, para ilustrar esse quadro, é o dado extraído do livro “CV PCC – A irmandade do crime”, que revela que “a operação criminosa de Fernandinho Beira-Mar rende, segundo a polícia, quatro milhões de dólares de lucro líquido por mês, cerca de 44 milhões por ano. Sem impostos. É uma das mais rentáveis empresas do País” (AMORIM, 2005, p. 27-28).

Não se pode olvidar que, no atual contexto brasileiro, conta-se com organizações criminosas inseridas nas camadas sociais mais elevadas, assemelhando-se ao que ocorreu com a Itália e com os Estados Unidos, conforme se pode constatar no maior caso de corrupção do País, a operação “Lava Jato”, que ainda não concluiu suas investigações:

[...] No primeiro momento da investigação, desenvolvido a partir de março de 2014, perante a Justiça Federal em Curitiba, foram investigadas e processadas quatro organizações criminosas lideradas por doleiros, que são operadores do mercado paralelo de câmbio. Depois, o Ministério Público Federal recolheu provas de um imenso esquema criminoso de corrupção envolvendo a Petrobras. Nesse esquema, que dura pelo menos dez anos, grandes empreiteiras organizadas em cartel pagavam propina para altos executivos da estatal e outros agentes públicos. O valor da propina variava de 1% a 5% do montante total de contratos bilionários superfaturados. Esse suborno era distribuído por meio de operadores financeiros do esquema, incluindo doleiros investigados na primeira etapa. As empreiteiras - Em um cenário normal, empreiteiras concorreriam entre si, em licitações, para conseguir os contratos da Petrobras, e a estatal contrataria a empresa que aceitasse fazer a obra pelo menor preço. Neste caso, as empreiteiras se cartelizaram em um “clube” para substituir uma concorrência real por uma concorrência aparente. Os preços

oferecidos à Petrobras eram calculados e ajustados em reuniões secretas nas quais se definia quem ganharia o contrato e qual seria o preço, inflado em benefício privado e em prejuízo dos cofres da estatal. O cartel tinha até um regulamento, que simulava regras de um campeonato de futebol, para definir como as obras seriam distribuídas. Para disfarçar o crime, o registro escrito da distribuição de obras era feito, por vezes, como se fosse a distribuição de prêmios de um bingo. (MPF, 2015).

Portanto, analisando o atual contexto brasileiro, tem-se que as organizações criminosas atingiram um grau de complexidade imenso e estão afetando a vida de toda a população, tendo em vista a quantidade de dinheiro desviado dos cofres públicos e as atividades ilícitas perpetradas, sendo de suma importância o desenvolvimento de melhores técnicas de investigação.

2.2.5 O crime organizado nos demais países

Na América Latina surgiram grupos como o Cartel de Medellín fundado por Pablo Escobar Gaviria e o Cartel de Cali, todos protegidos, atualmente, pela FARC (Força Armada Revolucionária Colombiana) e pelo ELN (Exército de Libertação Nacional), concentrando sua atividade criminosa principalmente no tráfico de maconha e cocaína. Ferro (2012, p. 542) explica que, “dentre os cartéis, o de Medellín foi tido, até recentemente, como o maior e mais poderoso. Juntos, o de Medellín e o de Cali respondem pelo controle de 80% da cocaína enviada aos Estados Unidos”.

Além disso, esclarece Ferro (2012, p. 538) que a Yakuza, com sede no Japão, também possui representatividade, pois, conforme os dados do ano de 1988, a organização era formada por 3.200 grupos, o equivalente a 86.300 pessoas, ou seja, 0,08% da população eram responsáveis por 9% de todos os delitos cometidos nesse país.

Há, ainda, segundo Ferro (2012, p. 537), as Triádes, na China, que englobam três principais grupos: o “Sun Yee On”, o “14 K” e a “Federação Wo”. Conforme a autora, “com a composição estimada de 64.000, 30.000 e 28.000 membros, respectivamente; [...] as atividades escolhidas são as extorsões, os negócios envolvendo, por exemplo, hotéis, restaurantes e imobiliárias, o tráfico de drogas e a prostituição”.

As características das organizações dependem, principalmente, dos contextos culturais em que estão inseridas. A Yakuza, por exemplo, realiza rituais de iniciação, possui a prática de autopunição com o corte da falange do dedo mínimo como prova da sujeição à hierarquia até com um sentido patriarcal e, dentre as diversas atividades criminosas, concentram-se, sobretudo na extorsão de empresas e no tráfico de drogas e de mulheres. Por

outro lado, os países da América do Sul em geral se atêm demasiadamente no tráfico ilícito de entorpecentes e corrupção do aparato estatal.

Assim, é cediço que o rol existente de organizações criminosas não é exaustivo, possuindo cada uma diferentes peculiaridades, contudo, optou-se por citar aquelas que se têm informações acessíveis.

2.3 A LEGISLAÇÃO RELATIVA AO CRIME ORGANIZADO

Para fazer frente ao fenômeno da criminalidade organizada, que é um fenômeno mundial, diversos tratados e convenções internacionais foram realizados entre os países, dos quais o Brasil é signatário, entre eles se pode citar a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, realizada em Palermo, em 15 de dezembro de 2000, inserida no ordenamento jurídico brasileiro por meio do Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004; a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

No âmbito do direito interno, surgiram diversas leis penais e processuais penais, todas elas visando a instrumentalizar os órgãos policiais e o aparato da justiça penal brasileira para a repressão ao crime organizado, como, por exemplo, a hoje revogada Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, conhecida como Lei de Controle do Crime Organizado; a recente Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, sobre o processo e o julgamento colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas e outras providências; e a mais recente Lei n. 12.850, de 2 de agosto de 2013, que definiu o crime organizado, dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal em relação a essa espécie de criminalidade.

2.3.1 Convenção de Palermo (Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004)

O contexto histórico em que a comunidade internacional estava inserida ocasionou a necessidade da elaboração da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. Os países se viram vítimas de organizações criminosas que se utilizavam facilmente da globalização e do novo aparato tecnológico para desenvolver suas atividades ilícitas transfronteiriças.

Assim, a rápida mobilidade de pessoas e de capitais e a grande influência que

esses criminosos exerciam sobre o aparato estatal abalaram as estruturas democráticas e transgrediram os direitos humanos, proporcionando o enredo da elaboração da Convenção de Palermo. Por conseguinte, a elaboração dessa normatização internacional foi uma resposta à necessidade de análise por meio de uma perspectiva global do problema da criminalidade organizada transnacional.

Não significa que a atual realidade seja diversa da descrita, mas se ressalta que novas medidas tiveram que ser tomadas para que as leis dos respectivos países conseguissem se adequar a essa nova forma de criminalidade. A Convenção se debruçou, principalmente, sobre delitos que facilitam o lucro das organizações criminosas, tais como a fabricação e o tráfico ilícito de armas de fogo, suas partes, seus componentes e suas munições; o tráfico de pessoas, em especial, de mulheres e de crianças; e o tráfico ilícito de migrantes por via terrestre, marítima e aérea.

Fez-se necessária a uniformização de certas definições que eram aplicadas de modo discrepante entre os países, de modo que a Convenção de Palermo, em seu art. 2º, tentou assim definir organização criminosa:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por:

a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material;

A Convenção de Palermo foi introduzida no ordenamento brasileiro por meio do Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004, mas se deve ressaltar que, no âmbito do Direito Penal interno, deve-se observar a garantia da *lex populi*, a qual, consoante Gomes (2007, p. 49)

[...] significa que a lei penal criminalizadora ou penalizadora deve obrigatoriamente emanar do Poder Legislativo, como expressão da vontade geral. Apenas a lei formal, aprovada pelo Poder Legislativo, é que comanda o âmbito do Direito penal incriminador (que cria o crime ou pena).

Outras foram as críticas formuladas à definição que serão analisadas posteriormente no item 2.3.3, quando será contextualizada a legislação do direito interno brasileiro. Aufere-se do “Guia Legislativo para aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional” (2003, p. 9) que: entre outras medidas, a Convenção de Palermo previu a tipificação de condutas, a introdução de medidas de controle

específicas (por exemplo, a proteção de vítimas e testemunhas), a apreensão dos produtos do crime, a cooperação internacional (nomeadamente nos domínios da extradição, auxílio judiciário e investigação conjunta), e encorajou medidas de caráter preventivo. Portanto, em um quadro geral, percebe-se que a iniciativa contribuiu de maneira positiva para a melhoria de determinados aspectos das diversas legislações.

2.3.2 Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção (Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006)

É evidente que a corrupção está extremamente vinculada ao crime organizado, pois, quando se menciona um desses crimes, remete-se, quase que imediatamente, a um vínculo de causa e consequência entre eles. Assim, a elaboração da Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção veio com o intuito de tentar amenizar a situação da realidade do aparato estatal no âmbito de diversos países.

A causa preponderante do desenvolvimento do crime organizado em todas as esferas sociais consiste na corrupção dos agentes políticos, públicos e empresários. Sem a corrupção, as organizações criminosas não se sustentariam por muito tempo, ou quiçá, não lucrariam fortunas imensuráveis. Ciente dos diversos prejuízos que a corrupção ocasiona, as Nações Unidas elaboraram a Convenção contra a Corrupção, adotada pela Assembleia Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e inserida no ordenamento jurídico pátrio por meio do Decreto nº 5.687, de 31 de janeiro de 2006.

Essa Convenção estabelece, no capítulo sobre penalização e aplicação da lei, que os países insiram em seus ordenamentos tipificações criminais não apenas das formas mais conhecidas, como o suborno e desvio de recursos, e, também, de atos que incentivem a conduta corrupta, como a obstrução da justiça e o tráfico de influência.

Ademais, a respeito da cooperação internacional e inovação quanto à assistência mútua, salienta-se que:

O capítulo sobre cooperação internacional enfatiza que todos os aspectos dos esforços anticorrupção necessitam de cooperação internacional, tais como assistência legal mútua na coleta e transferência de evidências, nos processos de extradição, e ações conjuntas de investigação, rastreamento, congelamento de bens, apreensão e confisco de produtos da corrupção. A convenção inova em relação a tratados anteriores ao permitir assistência legal mútua mesmo na ausência de dupla incriminação, quando não envolver medidas coercitivas. O princípio da dupla incriminação prevê que um país não necessita extraditar pessoas que cometeram atos que não são considerados crimes em seu território. Mas a partir da convenção, esses requisitos se tornam mais maleáveis, pois a convenção prevê que mesmo crimes que

não são definidos com os mesmos termos ou categoria podem ser considerados como equivalentes, possibilitando a extradição (UNODC, 2015).

Assim, a melhor maneira de lidar com a lavagem de dinheiro, fruto da corrupção, é a cooperação entre países, pois essa verba não se restringe às fronteiras do país de origem. Por conseguinte, é imperioso destacar que essa cooperação está sendo demonstrada nos jornais brasileiros, diante do atual contexto, com a operação “Lava Jato” e as negociação entre o Ministério Público Federal e o governo da Suíça, país em que muitos dos acusados escondiam o dinheiro desviado.

Notícia de 18 de março de 2015 divulgou a cooperação da Suíça ao Brasil no maior caso de corrupção envolvendo a organização criminosa de lavagem de dinheiro da Petrobras:

Brasília - O procurador-geral da Suíça, Michael Lauber, informou ontem que congelou US\$ 400 milhões — equivalente a R\$ 1,3 bilhão - e abriu nove investigações sobre o esquema de desvio de recursos da Petrobras. Do total, segundo o Ministério Público suíço, US\$ 120 milhões foram devolvidos ao Brasil. [...]. (PORTAL DE NOTÍCIAS “O DIA”, 2015).

Portanto, aufere-se que a cooperação entre países melhorou, tendo em vista o anseio global de reduzir os meios de perpetuar a criminalidade organizada. Desse modo, a assistência mútua só veio a acrescentar para a e prevenção do crime organizado.

2.3.3 Da legislação no âmbito do direito interno brasileiro

Inicialmente, cumpre tecer algumas considerações a respeito da evolução legislativa, no que tange ao crime organizado. A primeira lei sobre a criminalidade organizada pertencente ao ordenamento jurídico brasileiro foi a Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995, a qual versava sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas.

Ocorre que a supracitada lei não trazia em seu bojo o conceito de organização criminosa. Não obstante isso, a Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do Habeas Corpus n. 77.771-SP, ocorrido no ano de 2008, entendeu ser admissível a condenação de um casal denunciado por lavagem de dinheiro, com delito antecedente de organização criminosa, conforme se pode depreender da ementa do acórdão respectivo a seguir transcrita:

HABEAS CORPUS. LAVAGEM DE DINHEIRO. INCISO VII DO ART. 1.º DA LEI N.º 9.613/98. APLICABILIDADE. ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA. CONVENÇÃO DE PALERMO APROVADA PELO DECRETO LEGISLATIVO N.º 231, DE 29 DE MAIO DE 2003 E PROMULGADA PELO DECRETO N.º 5.015, DE 12 DE MARÇO DE 2004. AÇÃO PENAL. TRANCAMENTO. IMPOSSIBILIDADE. EXISTÊNCIA DE ELEMENTOS SUFICIENTES PARA A PERSECUÇÃO PENAL.

1. Hipótese em que a denúncia descreve a existência de organização criminosa que se valia da estrutura de entidade religiosa e empresas vinculadas, para arrecadar vultosos valores, ludibriando fiéis mediante variadas fraudes, mormente estelionatos, desviando os numerários oferecidos para determinadas finalidades ligadas à Igreja em proveito próprio e de terceiros, além de pretensamente lucrar na condução das diversas empresas citadas, algumas por meio de testas-de-ferro, desvirtuando suas atividades eminentemente assistenciais, aplicando seguidos golpes.

2. Capitulação da conduta no inciso VII do art. 1.º da Lei n.º 9.613/98, que não requer nenhum crime antecedente específico para efeito da configuração do crime de lavagem de dinheiro, bastando que seja praticado por organização criminosa, sendo esta disciplinada no art. 1.º da Lei n.º 9.034/95, com a redação dada pela Lei n.º 10.217/2001, c.c. o Decreto Legislativo n.º 231, de 29 de maio de 2003, que ratificou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto n.º 5.015, de 12 de março de 2004. Precedente. (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 77.771-SP, Rel. Mina. Laurita Vaz, Julgado em 30 de maio de 2008).

Gomes (2009) foi o primeiro a realizar importante crítica e ressaltou três vícios do acórdão:

1º) a definição de crime organizado contida na Convenção de Palermo é muito ampla, genérica, e viola a garantia da taxatividade (ou de certeza), que é uma das garantias emanadas do princípio da legalidade; 2º) a definição dada, caso seja superada a primeira censura acima exposta, vale para nossas relações com o direito internacional, não com o direito interno; de outro lado, é da essência dessa definição a natureza transnacional do delito (logo, delito interno, ainda que organizado, não se encaixa nessa definição). Note-se que a Convenção exige "(...) grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material". Todas as infrações enunciadas na Convenção versam sobre a criminalidade transnacional. Logo, não é qualquer criminalidade organizada que se encaixa nessa definição. Sem a singularidade da transnacionalidade não há que se falar em adequação típica, do ponto de vista formal; 3º) definições dadas pelas convenções ou tratados internacionais jamais valem para reger nossas relações com o Direito penal interno em razão da exigência do princípio da democracia (ou garantia da *lex populi*).

Cunha e Pinto (2014, p. 12) lecionam que “essa lição (crítica) foi acolhida pelo STF no HC 96.007-SP, oportunidade em que o Min. Marco Aurélio definiu como atípica a conduta atribuída a quem comete crime de lavagem de dinheiro, tendo como fundamento a hipótese prevista no art. 1º, VII (organização criminosa), da Lei 9.613/98”.

Após, houve a necessidade de uma conceituação, para suprir essa lacuna, momento em que foi promulgada a Lei n. 12.694, de 24 de julho de 2012, versando sobre o

juízo colegiado em primeiro grau de jurisdição de crimes praticados por organizações criminosas e sobre outras providências de proteção aos servidores da justiça, bem como definiu o conceito de organização criminosa para o Direito Penal interno, nos seguintes termos:

Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional (Grifo nosso).

Importante ressaltar que a antiga conceituação aplicada ao âmbito do direito internacional, prevista na Convenção de Palermo, era diferente em dois aspectos: primeiramente, o crime deveria ser praticado com “intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”, ou seja, não se admitia a vantagem de qualquer natureza; o segundo ponto refere-se ao seguinte trecho do art. 2º do Decreto n. 5.015 de 12 de março de 2004: “com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na Convenção”, ou seja, em 2012, passou-se a considerar quaisquer crimes com penas máximas iguais ou superiores a 4 anos ou que fossem de caráter transnacional.

A Lei n. 12.850, de 2 agosto de 2013, no entanto, revogou, tacitamente, o conceito de crime organizado contido na Lei n. 12.694/12, uma vez que dispôs, no seu artigo 1º, um novo conceito, *in verbis*:

Art. 1º. Esta Lei define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal a ser aplicado. § 1º. Considera-se organização criminosa a associação de 4 (quatro) ou mais pessoas estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos, ou que sejam de caráter transnacional (Grifo nosso).

Cumprido ressaltar que, atualmente, o termo “associação criminosa” e “organização criminosa” não se confundem. Antes do advento da nova Lei n. 12.850/13, inexistia no ordenamento jurídico brasileiro tipificação penal específica referente ao termo “crime organizado”, como um crime autônomo, penalizado com 3 (três) a 8 (oito) anos de reclusão e multa; o código penal, no seu artigo 288, previa o tipo de quadrilha ou bando, o qual era aplicável não somente às associações ilícitas em geral, mas também às organizações

criminosas.

Destarte, faz-se necessário elucidar essa distinção: associação criminosa requer a participação de pelo menos 3 (três) pessoas, com supedâneo no art. 24 da Lei n. 12.850/2013, o qual alterou o art. 288 do Código Penal, enquanto que na organização criminosa deve haver pelo menos 4 (quatro) indivíduos (art. 1º, § 1º, da Lei n. 12.850/2013). Ademais, a esta última acrescentam-se ainda os requisitos da divisão de tarefas com o objetivo de obter vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de infrações penais, cujas penas máximas devem ser superiores a 4 (quatro) anos, ou de caráter transnacional.

Salienta-se que o art. 2º, § 1º, da Lei n. 12.850/13, pune com as mesmas penas “a obstrução da persecução penal de infração que envolva organização criminosa. Tutela-se com o novel tipo, a administração da Justiça (e não mais a paz pública protegida pelo *caput*)” (CUNHA e PINTO, 2014, p. 19).

Sobre a nova tipificação, Cunha e Pinto (2014, p. 19) se posicionam no sentido de que o legislador olvidou-se de esclarecer a obstrução do processo judicial, uma vez que o dispositivo prevê, apenas, sanção a quem embaraça a investigação. Por conseguinte, entendem os doutrinadores que se faz necessário aplicar uma “interpretação mais racional possível (teleológica), até o limite permitido pelo Estado humanista – legal, constitucional e internacional – de Direito”.

Ainda sobre a tipificação do crime organizado, percebe-se que a doutrina vem se posicionando contrária ao novo conceito. Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 39) afirmam que, “além da equivocada percepção da estrutura das organizações criminosas, o novo conceito peca por dificultar ainda mais, de maneira razoável, a identificação de uma organização criminosa, em termos probatórios”. Isso ocorre porque a Lei n. 12.850/2013 atrela ao conceito de organização a “prática de infrações penais cujas penas máximas sejam superiores a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional”. Efetuando uma rápida interpretação comparativa, parece que esse dispositivo é mais amplo do que a antiga lei que se referia a “crimes”. Contudo, a definição é mais restritiva, porquanto não existem contravenções com penas máximas acima de quatro anos, acabando por ignorar as organizações que perpetram contravenções, como a prática do “jogo do bicho” que possui pena de 3 (três) meses a 1 (um) ano de prisão simples (art. 50 da Lei n. 3.688 de 3 de outubro de 1941), ou seja, sequer a contravenção que deu ensejo a formação da primeira noção de ilícito praticado por uma organização criminosa, conforme menciona Silva (2009, p. 9), está abarcada pelo novo conceito. Portanto, é claro o equívoco em limitar as infrações que as organizações criminosas podem praticar.

Cumpra ressaltar a classificação do crime organizado, descrita por Cunha e Pinto (2014, p.17-18), conforme síntese abaixo:

O crime, quanto ao sujeito ativo, é comum (dispensando qualidade ou condição especial do agente), plurissubjetivo (de concurso necessário) de condutas paralelas (uma auxiliando as outras), estabelecendo o tipo incriminador a presença de, no mínimo, quatro associados, computando-se eventuais inimputáveis ou pessoas não identificadas, bastando prova no sentido de que tomaram parte da divisão de tarefas estruturada dentro da organização. [...] a infração é permanente, [...] se ocorrer, gera concurso material [...] não nos parece possível a tentativa.

É importante ressaltar que não foram revogadas pela Lei n. 12.850/2013 as disposições sobre as diversas medidas de segurança para os prédios da justiça e os juízes, ampliando tanto a segurança dos membros do judiciário quanto daqueles do Ministério Público, como, também, foram mantidas as disposições que tratam dos julgamentos por órgão colegiado em primeiro grau previstas na Lei n. 12.694/2012.

No que tange ao julgamento do crime de associação criminosa por órgãos colegiados, há crítica por parte da doutrina, porquanto, se, para alguns, ele não proporciona qualquer solução para as ameaças que restringem a segurança dos magistrados ou promotores envolvidos com o processo, para outros, há diversas inconstitucionalidades na instituição do “juiz sem rosto”.

A propósito, Lopes Jr. (2013, p. 475) descreve algumas das severas críticas a esse instituto:

[...] o órgão julgador tem que ser definido previamente à prática do crime. Ou seja, é a garantia de ser julgado por um juiz cuja competência é preestabelecida em lei e não por um órgão colegiado *ad hoc*, ou seja, para aquele caso penal e aquele ato procedimental, conforme a discricionariedade de outro juiz. Trata-se de medida de duvidosa constitucionalidade, no mínimo. [...] é, ainda, incompatível com a regra da Identidade Física do Juiz (art. 399, § 2º, do CPP). Para além da violação desta regra, deve-se considerar que a promiscuidade jurisdicional criada acarretará grave prejuízo para a qualidade da decisão. Por elementar que o julgamento em colegiado é mais qualificado, mas não desta forma, onde diversos “colegiados” podem atuar no mesmo processo e, no final, o julgamento poderá ser feito por outro grupo de juízes ou apenas pelo juiz singular. Essa oscilação na estrutura do órgão jurisdicional sacrifica a qualidade do julgamento final.

Ocorre que o instituto do “juiz sem rosto” não se compactua, de fato, com o Estado Democrático de Direito. Em verdade, essa figura é típica de Estados autoritários, infringe os princípios da publicidade, do juiz natural e da identidade física do juiz. O órgão colegiado, porém, não deve ser vinculado a essa denominação “juiz sem rosto”, tendo em vista que serão divulgados os nomes dos magistrados que julgarem o feito, dessa forma, há

uma tentativa - para muitos, frustrada - de evitar que os juízes arrisquem sua integralidade física. Contudo, na realidade, ocorre que três serão os juízes passíveis de serem ameaçados pela organização criminosa.

As inconstitucionalidades do órgão colegiado não se limitam às questões supracitadas, o maior problema encontra-se no art. 1º, § 6º, da Lei n. 12.694/2012, segundo o qual as decisões serão publicadas “sem qualquer referência a voto divergente de qualquer membro”. Sobre esse assunto, Lopes Jr. (2013, p. 477-478) argumenta:

É direito das partes terem integral conhecimento da decisão de cada um dos membros do colegiado e de todos os fundamentos utilizados, para acolher ou rechaçar o pedido. Decorre da garantia da motivação das decisões previsto no art. 93, IX, da Constituição. De nada serviria o mandamento constitucional de que “todas as decisões devem ser fundamentadas” se as partes não tivessem amplo acesso à fundamentação. Ademais, determina o mesmo dispositivo legal que “todos os julgamentos serão públicos”. Mais do que uma mera publicidade do ato, no sentido de acessibilidade física, o que está determinando a Constituição é a “possibilidade” do conteúdo do julgamento. As decisões devem ser motivadas e acessíveis os fundamentos para os interessados. Não há como conciliar a garantia constitucional com essa “ocultação” do voto divergente.

Analisando a evolução da legislação referente ao crime organizado, aufere-se que diversas foram as tentativas de estabelecer um conceito determinado para essa nova tipificação penal, mas a preocupação do legislador não se restringiu em criminalizar condutas – como muitos pensam ser a solução para qualquer conflito de política criminal -, mas sim em melhorar a instrumentalização do aparato estatal para a uma investigação mais eficiente e respaldada nos preceitos constitucionais.

2.4 OS INSTITUTOS ESPECÍFICOS DE REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO DA LEI N. 12.850/2013

Um dos mais graves e importantes problemas que se apresentam aos estudiosos das ciências penais é a macrocriminalidade, em especial a criminalidade organizada, e o maior desafio contemporâneo é a descoberta de meios mais eficazes para reprimi-la, tendo em vista que essas espécies de criminalidade se caracterizam pelo elevado grau de ofensividade à segurança pública.

O mais novo diploma legal que entrou em vigor sobre essa temática é a Lei n. 12.850/13, que definiu organização criminosa, dispôs sobre a investigação criminal, sobre os meios de obtenção da prova, sobre as infrações penais correlatas e sobre o procedimento criminal em relação a essa espécie de criminalidade. Entre as modificações inseridas pela

nova lei está a nova denominação do instituto da “delação premiada”, que passou a se chamar “colaboração premiada”, e a criação de mecanismos limitadores para o seu uso. Porém, esse assunto será amplamente abordado no segundo e no terceiro capítulos do presente trabalho, destinando esta seção à análise de outros meios de prova, com ênfase na ação controlada, na utilização de agentes infiltrados e no acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações, apesar de o art. 3º da Lei n. 12.850/2013 dispor sobre outros meios de prova (sem rol taxativo), tais como: a captação ambiental de sinais eletromagnéticos, ópticos ou acústicos; o acesso a registros de ligações telefônicas e telemáticas, a dados cadastrais constantes de bancos de dados públicos ou privados e a informações eleitorais ou comerciais; a interceptação de comunicações telefônicas e telemáticas; o afastamento dos sigilos financeiro, bancário e fiscal, nos termos da legislação específica; e a cooperação entre instituições e órgãos federais, distritais, estaduais e municipais.

2.4.1 Ação controlada

Trata-se de “meio de obtenção de prova”, conforme disposto na Lei n. 12.850/2013, quando as práticas delitivas estejam vinculadas a ação de organizações criminosas. Cumpre esclarecer que a revogada Lei n. 9.034/1995 dispunha sobre o instituto da ação controlada em apenas um artigo, de modo que não existia um parâmetro procedimental esmiuçado para a sua aplicação.

Outrossim, a Lei n. 11.343/2006 (atualmente, ainda em vigor), no art. 53, inc. II, dispõe de maneira tímida sobre o instituto. A Lei n. 12.850/2013 suplantou a redação lacunosa, outrora existente, e definiu a dúvida que pairava sobre “a possibilidade do juiz estabelecer os limites do retardamento da ação policial, o sigilo da diligência e a possibilidade de acesso, a todo tempo, do magistrado, do Ministério Público e do delegado de polícia aos autos.” (CUNHA; PINTO, 2014, p. 90).

Pacelli (2013, p. 540) descreve assim sobre a ação controlada: “[...] a ação policial, ou seja, a prisão em flagrante, será diferida, isto é, adiada, para que a medida final se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação da prova e fornecimento de informações”.

Cunha e Pinto (2014, p. 90) conceituam o instituto da seguinte forma:

Na ação controlada, ao invés de agir de pronto, o agente público aguarda o momento oportuno para atuar, a fim de obter, com esse retardamento, um resultado mais eficaz em sua diligência. Com essa estratégia, portanto, deixa-se de prender em

flagrante o infrator de pronto, para, prorrogando-se a ação policial, se obter uma prova mais robusta e mesmo uma diligência mais bem sucedida. Daí porque se costuma denominar essa espécie de flagrante como retardado, esperado diferido ou prorrogado. Não há que se confundir, porém, com o “flagrante retardado”, cuja adoção encontra amparo legal, com o chamado “flagrante preparado” [...].

Sobre a diferença entre flagrante retardado/diferido e flagrante provocado/preparado, Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 163) assim lecionam:

A primeira modalidade, flagrante retardado ou diferido, refere-se à possibilidade para que a polícia possa postergar, ou seja, prorrogar o momento da prisão em flagrante, seguindo o *inter criminis* a sua trajetória natural, até que dentro da lógica operacional policial de melhor oportunidade na investigação, seja procedida a detenção de outras pessoas também envolvidas na prática criminosa. É a espécie de flagrante tratado no art. 8º, *caput*, da Lei 12.850/2013, e, portanto, admitida por nosso ordenamento jurídico penal. De outra parte, temos o flagrante preparado, no qual ocorre uma provocação no tocante ao flagrante, tendo terceira pessoa (policial ou não), incitado ao agente a prática do delito. A pessoa, ao menos inicialmente, não estaria predisposta a delinquir, porém motivada pelo agente provocador, acaba por desencadear vontade própria para o cometimento do crime.

Importante ressaltar que, anteriormente, a prática da ação controlada se dava sem qualquer controle judicial e havia se tornado ato comum para perseguir traficantes de drogas; contudo, a nova lei impõe como requisito essencial à comunicação acerca da operação controlada para atribuir legalidade à investigação. Salienta-se que a nova lei estabeleceu a “comunicação” ao juiz, o que é diferente de “autorização”, por óbvio, para que seja viabilizada a investigação no momento em que se faz necessária a medida.

Apesar de muitos avanços, os autores Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 177-178) criticam negativamente a “possibilidade” de o juiz estabelecer os limites da ação controlada, pois, segundo eles, “[...] sempre deverão ser balizados os limites à execução [...]”, caso contrário, “poder-se-á compreender como atitude lícita por parte da polícia, a prática de atividades de investigação mediante ação controlada por tempo indeterminado, ou ainda, o cometimento de delitos graves para se atingir o objetivo da operação”.

Por outro lado, a maioria da doutrina entende que agiu corretamente a legislação quando da não imposição de prazo de duração à ação controlada, tendo em vista que os crimes perpetrados pelas organizações criminosas são diversificados e cada um pode ter tempos diferentes para percorrer todo o *inter criminis*.

Por fim, cumpre ressaltar que será lavrado auto circunstanciado, após o término das diligências, de modo que caberá ao executor da medida, com a supervisão da autoridade que lhe é superior, elaborar um relatório esmiuçando todos os atos da operação e esclarecendo as provas que foram obtidas, para que a ampla defesa e contraditório sejam resguardados em

caso de denúncia pelo Ministério público.

2.4.2 Agente Infiltrado

Outro meio de obtenção de prova utilizado de maneira excepcional, muito polêmico no âmbito jurídico, é a infiltração de agentes policiais nas organizações criminosas. Esse instituto encontra reconhecimento em diversas convenções internacionais, como, por exemplo, a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado e a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção.

Sobre o assunto, esclarecem Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 184-185) que:

O infiltrado investiga as atividades delitivas estando entranhado no interior da organização criminosa, e segundo nosso ponto de vista, deverá atuar sem exceder ou violar de forma desnecessária, as garantias constitucionais daquelas pessoas investigadas, utilizando-se de estratégias de investigação como o engano e a dissimulação, para obter dados, informações e provas que venham a comprovar a prática de delitos graves praticados por membros de um determinado grupo de delinquentes organizados. Assim, não tem o agente a intenção de criar nas mentes dos demais membros do grupo, algum propósito delitivo, por isso não sendo correto falar-se de atos de “provocação”.

Imperioso distinguir o agente infiltrado daquele simples informante, pois este é o que presta informações sobre delitos, mas cujos dados pessoais são confidenciais. O agente infiltrado, por sua vez, penetra na estrutura organizada e, por meio do engano, reúne informações para o desmantelamento da organização.

Sobre a impossibilidade da infiltração de particulares, leciona Lima (2014, p. 766) o seguinte:

Os dois dispositivos legais que cuidam do agente infiltrado no ordenamento jurídico pátrio – art. 53, inciso I, da Lei nº 11.343/06, e art. 10 da Lei nº 12.850/13 – deixam entrever que não se admite a infiltração de particulares. Logo, na hipótese de infiltração de “gansos” ou “informantes” – civis que prestam serviços esporádicos aos organismos policiais sem qualquer hierarquia funcional -, ter-se-á verdadeira prova ilícita.

Cunha e Pinto (2014, p. 17) discordam da parte da doutrina que admite o cômputo do agente infiltrado para que haja a configuração do crime organizado, pois o policial infiltrado não tem o “animus associativo”.

Alguns requisitos para a utilização do agente infiltrado são importantes a serem mencionados: a nova lei estabeleceu que o delegado de polícia irá manifestar-se antes da decisão judicial, quando o pedido de infiltração venha do Ministério Público; a autoridade judicial necessita deferir a medida, analisando o caráter excepcional e os elementos que

formaram sua convicção; faz-se necessária a existência de indícios suficientes para a imputação do delito de que trata o art. 1º da Lei n. 12.850/2013, sem que existam outros meios de provas viáveis; o Ministério Público e o juiz deverão acompanhar o andamento da operação; não pode ser decretada a infiltração *ex officio* pelo magistrado; o prazo estabelecido para a infiltração é de 6 (seis) meses, porém, considera-se apenas um parâmetro inicial, tendo em vista a possibilidade de prorrogação, assim como ocorre nas interceptações telefônicas, segundo o entendimento de Cunha e Pinto (2014, p. 103); o pedido de infiltração será sigilosamente distribuído de modo que não se conseguirá identificar o agente (salienta-se que a divulgação implica em crime previsto no art. 18 da Lei n. 12.850/2013); no fim da infiltração, independentemente de prorrogação do prazo, a autoridade policial deverá elaborar relatório circunstanciado esclarecendo todas as atividades do agente.

Entre as inovações trazidas com a nova lei do crime organizado, encontram-se esclarecimentos, também, no que consiste a corrente da natureza jurídica da exclusão da responsabilidade penal do agente infiltrado, conforme o seu art. 13, parágrafo único. Para Cunha e Pinto (2004, p. 117), “conclui-se, da simples leitura do parágrafo em comento, que o legislador optou seguir a primeira corrente (causa de inexigibilidade de conduta adversa), merecendo aplausos”.

Outro acerto da nova lei ocorre no que se refere ao sujeito ativo da infiltração, segundo Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 194):

No caso brasileiro, a Lei 12.850/13 acabou por corrigir um grave engano detectado na Lei 9.034/95, a qual permitia que “agentes de inteligência” pudessem laborar como infiltrados em casos envolvendo delinquência organizada. Não consistia em boa técnica legislativa, a permissão da infiltração de agente de inteligência, a exemplo de um funcionário da ABIN (Agência Brasileira de Inteligência) ou do SISBIN (Sistema Brasileiro de Inteligência). A razão é simples, pois estes últimos possuem como função precípua as atividades de inteligência estatal, ou seja, aquelas voltadas a subsidiar o Governo brasileiro e suas instituições, acerca de eventuais perigos à preservação da soberania nacional. Não possuem estes órgãos de inteligência, a função precípua de busca de provas para o processo penal e muito menos são dotados de poder de polícia na forma descrita no art. 144 da CF. Agora, editada a nova lei, e segundo disposto no caput do art. 10, somente serão admitidos na condição de infiltrado, “agentes de polícia”, podendo ser compreendidos em tese como tais, membros pertencentes a uma das instituições policiais previstas no art. 144, caput, da Constituição Federal (polícia federal, polícia rodoviária federal, polícia ferroviária federal, polícias civis e polícias militares e corpos de bombeiros militares). Se bem que na prática, em se tratando de atuação no campo de investigação de organizações criminosas, somente veremos atuando na função de infiltrados, agentes pertencentes às polícias federal e civil, os quais, no nosso sistema legal, exercem o labor de polícia judiciária.

Como se pode auferir da leitura da nova legislação, houve vários acertos no momento de detalhar o procedimento desse instituto. Por óbvio que a lei ainda não está nos

moldes ideais, faltando esclarecer algumas lacunas que a doutrina vem alertando, mas a tentativa de melhor instrumentalizar o aparato estatal, além de impor procedimentos limitadores ao poder punitivo estatal já deve ser uma postura louvável do legislador, ainda mais quando se trata da macrocriminalidade.

2.4.3 Do acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações.

O art. 15 da Lei n. 12.850/2013 dispôs sobre o acesso a registros, dados cadastrais, documentos e informações e a razão precípua desse dispositivo é garantir que não existam abusos e violações ao direito de privacidade dos investigados, limitando a atuação estatal. Contudo, ressalta-se que, ao contrário do que se exige para a infiltração de agentes, não se faz necessária a autorização judicial.

Cunha e Pinto (2014, p. 121-122) esclarecem o conceito de dado cadastral:

[...] segundo se infere da norma, deve-se entender aquele relativo à qualificação pessoal da pessoa (estado civil, profissão, número do telefone, RG, CPF etc.) à filiação ao endereço do averiguado. Esses dados são mantidos nos cadastros da Justiça Eleitoral, empresas de telefonia, instituições financeiras, provedores de internet e administradoras de cartão de crédito e a sua divulgação – insiste-se – prescinde de ordem judicial.

É o entendimento de que esse mero acesso a dados – estes não consistem no conteúdo de uma conversa, por exemplo, mas sim no número de telefone discado apenas - “não resulta a quebra de sigilo pessoal, quer de ordem fiscal, quer mesmo de comunicação.” (CUNHA; PINTO, 2014, p. 122).

Esse posicionamento já era adotado antes mesmo da vigência da nova lei, conforme se pode colher da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, extraída da seguinte ementa do acórdão proferido, no dia 12 de março de 2013, nos autos do *Habeas Corpus* n. 128466, do Paraná, nos quais foi relator o Ministro Sebastião Reis Júnior:

QUEBRA DO SIGILO DE DADOS TELEFÔNICOS. ALEGADA NULIDADE. INOCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE PRÉVIA AUTORIZAÇÃO JUDICIAL. CONDENAÇÃO BASEADA EXCLUSIVAMENTE EM PROVAS COLHIDAS NO INQUÉRITO POLICIAL. NÃO OCORRÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CONTEÚDO PROBATÓRIO LEVADO AO CRIVO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. MANIFESTO CONSTRANGIMENTO ILEGAL NÃO EVIDENCIADO. [...] Segundo o Supremo Tribunal Federal, o disposto no art. 5º, XII, da Constituição Federal não impede o acesso aos dados em si, ou seja, o objeto protegido no direito à inviolabilidade do sigilo não são os dados em si, mas tão somente a comunicação desses dados. (RE n. 418.416/SC).

Ademais, outros dispositivos importantes de serem destacados são o art. 16 e 17 da lei em comento. Eles estabelecem o limite de 5 (cinco) anos para o acesso direto do juiz, do Ministério Público ou do delegado de polícia aos bancos de dados de registros de reservas e registros de viagens, bem como ao registro de identificação dos números dos terminais de origem e de destino das ligações telefônicas internacionais, interurbanas e locais. Frisa-se que o não fornecimento das informações pelas empresas de transporte e concessionárias de telefonia podem inclusive implicar em crime tipificado na própria lei do crime organizado.

Após a análise pormenorizada de alguns dos institutos extraordinários relativos à repressão do crime organizado, afigura-se que o legislador está consciente da realidade que permeia a Justiça Criminal no que se refere à macrocriminalidade. Por conseguinte, buscou-se melhor instrumentalizar as instituições criminais consideradas desarticuladas, em face da complexidade das organizações criminosas.

3 A COLABORAÇÃO PREMIADA COMO UM DOS INSTITUTOS DE PREVENÇÃO E REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO

3.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

Este capítulo trata da colaboração premiada como um dos institutos de prevenção e repressão ao crime organizado. Dividido em dois momentos distintos, este capítulo tratará, no seu primeiro item, do conceito do instituto da colaboração premiada e da sua diferenciação em relação à delação premiada, bem como de um breve estudo comparado, em especial com os institutos do “arrependimento processual”, previsto no Direito espanhol, com do “pentitismo”, previsto no Direito italiano, e do “plea bargaining”, disciplinado no Direito dos Estados Unidos, esmiuçando algumas peculiaridades do contexto histórico e diferenças procedimentais. Ainda neste primeiro momento, analisar-se-á a evolução legislativa da colaboração premiada no ordenamento jurídico brasileiro, desde as Ordenações Filipinas até a nova Lei do Crime Organizado (Lei n. 12.850/2013) e serão pontuadas as inovações trazidas para o instituto da colaboração premiada. No segundo momento, tratar-se-á do uso e da eficácia do instituto da colaboração premiada no Brasil, oportunidade em que serão apresentados alguns casos em que a colaboração premiada foi utilizada no Brasil, salientando a eficácia desse instituto.

3.2 O INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

3.2.1 Conceito do instituto de colaboração premiada

Há quem utilize, ainda, a denominação “delação premiada” para se reportar à “colaboração premiada”, como se essas fossem expressões sinônimas, esquecendo-se de que a Lei n. 12.850/2013 visou alterar a semântica pejorativa desse instituto, apesar de não ter revogado as disposições da delação premiada anteriormente existentes. Talvez, o uso incorreto dessas expressões como sinônimas se deve à insistência da mídia em adotar, apenas, o primeiro nome nas reportagens da “Operação Lava Jato”.

Contudo, a verdade é que a palavra “colaborador” tentou suprimir a conotação de traição vinculada à palavra “delator”, mas ainda levará algum tempo para as pessoas possam se acostumar com a nova denominação, que é um gênero do qual a delação premiada é uma espécie.

Para se entender as distinções entre os conceitos de “delação premiada” e de “colaboração premiada”, é necessário fazer menção à origem etimológica do termo “delação”.

Segundo Bittar (2011, p. 4), esse termo vem

[...] do latim *delatione*, que significa delatar, denunciar, revelar. No entanto, a palavra pode ter dois significados nas ciências penais: em um primeiro momento, a delação, na sua acepção de denunciar, deve ser entendida no sentido de *delatio criminis*, ou seja, seria o conhecimento provocado, por parte da autoridade policial, de um fato aparentemente criminoso; assim, o delator seria uma pessoa, via de regra, sem relação alguma com o fato criminoso. Já, em sua acepção de revelar, poder-se-ia entender a delação como sendo a conduta do participante que efetua a admissão da própria responsabilidade por um ou mais delitos, acompanhada da ajuda proporcionada aos investigadores para o conhecimento do mundo criminal a que pertencia. É nesse sentido que se encontra a figura dos colaboradores ou, no Direito Italiano, dos arrependidos (*pentiti*).

Assim, a figura da delação premiada se aproximava do conceito dos *pentiti* do Direito Italiano.

Também Lima (2014, p. 730) apresenta uma distinção clara entre esses dois institutos, ao afirmar que:

É bem verdade que a referência à expressão delação premiada é muito mais comum na doutrina e na jurisprudência. No entanto, preferimos fazer uso da denominação colaboração premiada, quer pela carga simbólica carregada de preconceitos inerentes à delação premiada, que traz ínsita a ideia de traição, quer pela incapacidade de descrever toda a extensão do instituto, que nem sempre se limita ao mero chamamento de corrêu. Com efeito, a chamada “delação premiada” (ou chamamento de corrêu) é apenas uma das formas de colaboração que o agente revelador pode concretizar em proveito da persecução penal.

Reportando-se à nova lei de repressão às organizações criminosas, Cunha e Pinto (2014, p. 35-36) definem colaboração premiada como:

[...] a possibilidade que detém o autor do delito em obter o perdão judicial e a redução da pena (ou a sua substituição), desde que, de forma eficaz e voluntária, auxilie na obtenção dos resultados previstos em lei. A partir da lei posta, portanto, é incabível a conceituação do instituto com base, exclusivamente, na delação dos comparsas formulada pelo colaborador, já que o prêmio pode ser obtido ainda que ausente essa imputação.

Evidente que a nova lei permite auferir que a delação é uma subespécie de colaboração, porquanto existem diversas maneiras de receber a benesse, entre as quais está a indicação dos nomes dos outros participantes. Porém, essa não é a única alternativa que subjaz ao colaborador.

Aras *apud* Lima (2014, p. 730), a partir da conceituação de colaboração premiada,

classifica quatro subespécies de colaboração:

- a) **Delação premiada (chamamento do corréu):** além de confessar seu envolvimento na prática delituosa, o colaborador expõe as outras pessoas implicadas na infração penal, razão pela qual é denominado de agente revelador;
- b) **Colaboração para a libertação:** o colaborador indica o lugar onde está mantida a vítima sequestrada, facilitando sua libertação.
- c) **Colaboração para a localização e recuperação de ativos:** o colaborador fornece dados para a localização do produto ou proveito do delito e de bens eventualmente submetidos a esquemas de lavagem de capitais;
- d) **Colaboração preventiva:** o colaborador presta informações relevantes aos órgãos estatais responsáveis pela persecução penal de modo a evitar um crime, ou impedir a continuidade ou permanência de uma conduta ilícita.

Aufere-se que não se exige que todos os resultados previstos nos incisos do art. 4º da Lei n. 12.850/2013 sejam atingidos, assim, por meio da análise desse rol alternativo é que o autor supracitado realiza a sua classificação.

Outro aspecto importante a ser registrado é sobre a diferenciação do instituto da colaboração premiada com a leniência¹. É cediço que aquela é conhecida por ser uma causa de diminuição/extinção/substituição de pena aplicada ao âmbito penal, já o acordo de leniência também gera a extinção de pena, mas é inerente ao âmbito do ilícito administrativo, tendo como distinção o uso dos critérios da oportunidade e conveniência da Administração Pública, mas que não será objeto de aprofundamento do presente trabalho.

Apenas à título exemplificativo, seguindo a lógica da Lei Anticorrupção Empresarial (art. 16 da Lei n. 12.846, de 1º de agosto de 2013)², aufere-se que a compatibilidade do acordo de leniência com a colaboração premiada traz dúvidas quanto as suas peculiaridades práticas, apesar de ambas estimularem a conduta de colaborar com a justiça, a legitimidade para negociar e deferir a benesse é diferente. Para o acordo de leniência, a legitimidade é da pessoa jurídica de direito público, ausente a participação judicial. Já na colaboração premiada, salvo em casos penais ambientais – em que há a

¹ Para efetuar tal distinção, importante analisar o que leciona Bottini (2013) que: “Pela leniência, o autor do cartel que coopera efetivamente com as investigações tem por prêmio a extinção/redução da pena administrativa e evita processo ou condenação criminal. Para isso, é necessário que o colaborador seja o primeiro a se apresentar às autoridades (no caso de pessoas jurídicas) e confesse sua participação nos atos ilícitos.” Outrossim, Gomes (2009) conceitua o instituto: “Acordo de Leniência é o acordo celebrado entre a Secretaria de Desenvolvimento Econômico (SDE) - que atua em nome da União - e pessoas físicas ou jurídicas autoras de infração contra a ordem econômica, que permite ao infrator colaborar nas investigações, no próprio processo administrativo e apresentar provas inéditas e suficientes para a condenação dos demais envolvidos na suposta infração. Em contrapartida, o agente tem os seguintes benefícios: extinção da ação punitiva da administração pública, ou redução da penalidade imposta pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).”

² Em 2013, a leniência foi inserida na Lei Anticorrupção Empresarial (Lei n. 12.846/2013) para permitir a redução/extinção da punibilidade administrativa, mas com claras repercussões no âmbito penal, em virtude do fato de ter as regras dessa lei correspondências no Código Penal e Lei de Licitações.

responsabilidade penal ambiental da pessoa jurídica, conforme art. 225, § 3º, da Constituição, a legitimidade é da pessoa natural e do Ministério Público, submetendo o acordo à homologação do juiz.

Assim, entende-se que o instituto da leniência possui peculiaridades procedimentais e requisitos diferenciados que até podem trazer repercussões na área penal eventualmente³, mas tais aspectos não se coadunam com todas as características do instituto da colaboração premiada presentes na Lei n. 12.850/2013.

Ademais, salienta-se que as legislações brasileiras anteriores à supracitada misturavam os conceitos de voluntariedade e espontaneidade. No caso desta última, somente poderia ser aventada a colaboração a partir do próprio indivíduo (Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998). Todavia, atualmente, o termo empregado é o da voluntariedade, ou seja, há a ideia de que o acordo pode partir, inicialmente, de outrem, porém sem coação, o que implica reconhecer que a disposição da Lei n. 12.850/2013 veio a se coadunar com a versão da Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999.

Como se pode perceber, o instituto da “colaboração premiada” veio a complementar as legislações já vigentes e a preencher lacunas, estabelecendo requisitos para a utilização do instituto e vislumbrando resultados que a colaboração deve proporcionar.

3.2.2 Um breve estudo de direito comparado

Após esclarecido o conceito de colaboração premiada, faz-se necessário efetuar uma abordagem de direito comparado, a fim de aprofundar a análise das semelhanças e

³ A Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, é aplicada tanto no âmbito administrativo, quanto no penal, a qual dispôs sobre a hipótese do “acordo de leniência” (arts. 86 e 87), com o objetivo de coibir a prática de infrações à ordem econômica, como os cartéis, mantendo o sistema de concorrência. Ademais, a Lei 12.529/11 foi a que mais regulamentou o procedimento de investigação para a prática do acordo, antes do advento da Lei n. 12.850/2013, senão vejamos: o art. 86, §9º, da Lei 12.529/11, dispõe que o colaborador precisa identificar os demais envolvidos, fornecer informações e documentos comprobatórios da infração noticiada. Além disso, na propositura do acordo, não devem estar disponíveis provas suficientes para garantir a condenação, bem como a legislação exige que o colaborador confesse sua participação e participe constantemente nas investigações. Outras leis legislam sobre o acordo de leniência, porém como este instituto não é o enfoque do presente trabalho, apenas cumpre elucidar que: a Lei n. 10.149, de 21 de dezembro de 2000, introduziu, por meio de seus artigos 35-B (para as infrações econômicas administrativas) e 35-C (para os crimes contra a ordem econômica) a possibilidade do “acordo de leniência”, ou seja, um negócio jurídico realizado entre a União e as pessoas físicas e jurídicas autores de infrações contra a ordem econômica. A novidade consistia na suspensão do prazo prescricional, por conseguinte, acarretava no impedimento de oferecimento de denúncia ou a extinção de punibilidade para aqueles que colaborassem na identificação dos demais coautores e conseguissem outros elementos comprobatórios do ilícito administrativo. Ressalta-se que, antes, só havia a preocupação com a previsão da benesse, mas o legislador não especificava as regras do acordo. Bittar (2011, p. 154), porém, assevera que houve “[...] inconstitucionalidade parcial do art. 35-C, na parte em que impede o oferecimento da denúncia [...]”, porquanto isso transgrediu o art. 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988.

diferenças que permeiam o instituto.

Apesar de a Inglaterra ter sido pioneira, em 1775, na utilização de declarações de um cúmplice contra os outros acusados em troca da impunidade, far-se-á uma análise comparativa do instituto brasileiro em relação aos direitos espanhol, italiano e estadunidense.

3.2.2.1 O arrependimento processual do Direito espanhol

A delação premiada, conhecida como “arrependimento processual”, no Direito espanhol, foi instituída por meio da Lei Orgânica nº 3, de 25 de maio de 1988, estabelecendo o prêmio (redução parcial ou total da pena) para os envolvidos em crimes de terrorismo. Posteriormente, com a Lei Orgânica nº 10, de 23 de novembro de 1995, essa benesse foi estendida para o delito de tráfico de drogas, tendo em vista a proliferação dessas atividades criminosas na Europa.

Os requisitos para o abrandamento total ou parcial da pena no Direito espanhol, segundo Bittar (2011, p. 10), assemelham-se com os do ordenamento brasileiro:

[...] a) abandono voluntário das atividades delitivas; b) colaboração ativa para (b.1) impedir a produção do delito, ou (b.2) obter provas decisivas para a identificação ou captura de outros responsáveis ou impedir a atuação ou o desenvolvimento das organizações ou associações que tenha pertencido ou colaborado.

Ressalta-se que para os crimes de terrorismo ainda se acrescenta mais um requisito, qual seja: a confissão dos fatos de que tenha participado.

A grande diferença é que, no Direito espanhol, a delação premiada serve de prova, enquanto que, no Brasil, a colaboração premiada é um meio extraordinário de obtenção de provas, pois não pode haver condenação com base, exclusivamente, nas palavras do colaborador, apenas se corroborada por outros elementos probatórios.

No que se refere ao aspecto processual, o instituto espanhol se assemelhava com as legislações brasileiras anteriores à Lei n. 12.850/2013, pois estas não proporcionavam maiores esclarecimentos sobre os procedimentos a serem adotados. Contudo, apesar de não existir esse arcabouço específico na Espanha, o Direito espanhol conta com uma “[...] vasta jurisprudência sobre a matéria, tanto no Tribunal Supremo, como no Tribunal Constitucional espanhol” (BITTAR, 2011, p. 10).

Sobre a progressão de regime e a concessão de liberdade condicional, parece que o ordenamento espanhol está à frente do brasileiro, tendo em vista que este ainda não

estabeleceu os critérios objetivos para a progressão de regime nos casos de colaboração pós-processual ou tardia (art. 4º, § 5º, da Lei n. 12.850/2013), ou melhor, a lei dispensou a observância dos requisitos previstos no art. 112 da Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984 (Lei de Execução Penal), tais como o cumprimento de um sexto de pena no regime anterior e ostentar bom comportamento.

Bittar (2011, p. 12) explica assim o instituto previsto no Direito espanhol:

A legislação inspira-se claramente no ‘duplo-binário’ da legislação premial italiana, consistente, de um lado, no maior rigor para os irredutíveis e, de outro, benefícios para os colaboradores. Dessa forma, a obtenção da progressão de regime de cumprimento de pena e da liberdade condicional ficam condicionados, além de outros requisitos do Código Penal, em primeiro lugar à obtenção do informe favorável de reinserção social. Para tanto, mas não somente, se faz necessário o pagamento da responsabilidade civil decorrida do ato praticado. Em segundo lugar, vêm as condutas de desvinculação com a organização e a colaboração ativa com a administração da justiça.

3.2.2.2 O “pentitismo” do Direito italiano

Outro instituto de suma importância é o previsto no Direito italiano e denominado “pentitismo”, pois, ao contrário do que ocorreu no Brasil, os italianos desenvolveram desde o início um amplo arsenal normativo que especificava a aplicação do referido instituto. É notável que foi a partir da disseminação da Máfia, principalmente, no fim dos anos sessenta, que o país acabou por ter de elaborar uma legislação especial para se adequar ao aumento do terrorismo e extorsão mediante sequestro.

Destaca-se a utilização desse instituto na “Operação Mãos Limpas” ou “Mani Pulite”, quando ele se tornou símbolo do desmantelamento da corrupção política que estava presente em todos os segmentos do aparato estatal italiano.

Hoje, é feita a comparação com a “Operação Lava Jato” no Brasil, a qual guarda similitude, em muitos aspectos, com a “Operação Mãos Limpas”. Em 2004, Sérgio Fernando Moro, juiz que lidera o processo do caso “Lava Jato”, já se mostrava condizente com sua postura atual, no que concerne a utilização da colaboração premiada, bem como apresentou os fatores que levaram ao sucesso do caso “Mani Pulite”:

a) uma conjuntura econômica difícil, aliada aos custos crescentes da corrupção; b) a integração européia, que abriu os mercados italianos a empresas de outros países europeus, elevando os receios de que os italianos não poderiam, com os custos da corrupção, competir em igualdade de condições com seus novos concorrentes; e c) a queda do “socialismo real”, que levou à deslegitimação de um sistema político corrupto, fundado na oposição entre regimes democráticos e comunistas (MORO, 2004, p. 57).

Observado o contexto histórico italiano, faz-se imprescindível compreender o sistema do “duplo binário” utilizado na Itália: ao mesmo tempo em que há o endurecimento das penas e a criação de novos tipos delitivos, também ocorre o aumento dos benefícios de redução de pena para os colaboradores que cumprem com os requisitos legais.

Para complementar as normas que dispunham sobre as declarações dos “pentiti”:

[...] a corte de cassação estabeleceu para a valoração das declarações um percurso lógico e argumentativo baseado em três fases: a) em primeiro lugar, deve-se verificar a credibilidade do declarante através de dados como sua personalidade, seu passado, sua relação com os acusados, o motivo da sua colaboração; b) posteriormente, analisa-se a confiabilidade intrínseca ou genérica da declaração, auferida da sua seriedade, precisão, coerência, constância e espontaneidade; c) por último, valora-se a existência e consistência das declarações com o confronto das demais provas, ou seja, atesta-se a confiabilidade extrínseca ou específica da declaração (BITTAR, 2011, p. 19).

No Brasil, a nova lei também dispôs sobre a necessidade de averiguação da personalidade do agente colaborador, o que é criticado pela doutrina, senão vejamos:

Como o propósito da colaboração premiada é a obtenção de elementos de prova na persecução penal, o critério de reconhecimento de seus benefícios se centrado na personalidade do agente colaborador ou na repercussão social do fato criminoso se mostra inadequado ao instituto. Isto porque pelos discriminadores colocados seriam afastados de acordos delacionais participantes da organização criminosa que, conquanto detentores de informações significativas, fossem tomados por perigosos, inadaptados socialmente ou portadores de múltiplas reincidências. Por outro giro, se grave e de repercussão assinalada o fato criminoso inviabiliza o acordo. Pois, é exatamente em casos que representem intranquilidade para a ordem pública, que, por sua dimensão e abrangência, exijam providências imediatas e contundentes da autoridade pública, que os elementos de informação alcançáveis por via da colaboração premiada se mostram urgentes (FERRO; PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 122).

Ademais, o ordenamento italiano, há muito tempo, preocupou-se com a proteção do “pentiti” e sua família (Decreto-Lei n. 8, de 15 de janeiro de 1991). No Brasil, essa proteção só entrou em vigor com a Lei de Proteção a Vítimas e a Testemunhas em 1999 (abarcando poucos direitos aos colaboradores) e apenas com a Lei n. 12.850/2013 é que se amplificou essa proteção, antes, o colaborador ficava à mercê da boa vontade do juiz. Salienta-se que, devido ao aumento de pedidos de proteção na Itália, a legislação difere do atual ordenamento brasileiro, porquanto prevê um sistema gradativo de proteção, ou seja, quanto melhor a informação declarada, mais chances de serem aplicadas as “medidas de proteção especiais” (BITTAR, 2011, p. 23). Esse princípio da gradualidade dos modelos de proteção, introduzido com a reforma em 2001, serviu para realizar “[...] uma seleção mais

qualitativa dos colaboradores [...]” (BITTAR, 2011, p. 23).

Essa reforma também inseriu o instrumento chamado, no Direito italiano, de “*verbale illustrativo*”, que visa garantir maior transparência na gestão dos colaboradores. Isso foi decorrência do sentimento de insegurança dos colaboradores no momento de ratificar as primeiras declarações:

Justamente para impedir esta “progressão acusatória” e fixar os exatos termos e âmbito em que a declaração poderá ser utilizada, o legislador impôs tempo (prazo de 180 dias, a partir do momento que o sujeito manifesta a vontade de colaborar), forma e modo (resumo verbal e documentação integral mediante registro fonográfico ou audiovisual) de redação para a preparação do chamado *verbale illustrativo*, lembrando que, além desses mandamentos, fica proibida qualquer forma de contato entre quem está prestando as declarações e outros colaboradores (BITTAR, 2011, p. 21).

3.2.2.3 O “*plea bargaining*” do Direito estadounidense

Além dessas considerações feitas sobre o Direito Italiano, em que a prática da justiça negociada foi muito difundida contra a máfia, não se pode olvidar a análise da utilização de semelhante instituto nos Estados Unidos, onde as negociações atingem, aproximadamente, 95% dos processos. Apesar de as estatísticas dos cinquenta estados combinados não estarem disponíveis, a revista “The New York Review of Books”, em artigo intitulado “Why Innocent People Plead Guilty”, de 20 de novembro de 2014, publicou que, em 2013, enquanto que 8% dos casos foram extintos por vários motivos, dos restantes, 97% foram resolvidos por acordos com a promotoria e, apenas, 3% foram a julgamento⁴.

Em que pese a proliferação dos casos em que se faz necessário o instituto do “*plea bargaining*” nos Estados Unidos, essa realidade começou, apenas, no final do século XIX. Antes disso, “[...] os juízes orientavam aqueles que declaravam sua culpa a se retratar. Foi somente depois da Guerra Civil que os casos de negociações começaram a aparecer nos Tribunais de Segunda Instância e, mesmo assim, alguns a consideravam inválida” (BITTAR, 2011, p. 2).

Assim, o aumento da imigração e o desequilíbrio econômico do pós-guerra,

⁴ In 2013, while 8 percent of all federal criminal charges were dismissed (either because of a mistake in fact or law or because the defendant had decided to cooperate), more than 97 percent of the remainder were resolved through plea bargains, and fewer than 3 percent went to trial. The plea bargains largely determined the sentences imposed. While corresponding statistics for the fifty states combined are not available, it is a rare state where plea bargains do not similarly account for the resolution of at least 95 percent of the felony cases that are not dismissed; and again, the plea bargains usually determine the sentences, sometimes as a matter of law and otherwise as a matter of practice. Acesso em 5 de maio de 2015: <<<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty/>>>

aumentaram a criminalidade no país, o que propiciou a necessidade de julgamentos mais céleres e que evitassem condenações com longos períodos de prisão, tendo em vista o risco iminente do sistema ficar sobrecarregado.

Salienta-se que o sistema norte-americano dá preferência para o oferecimento de acordos, apenas, em casos considerados de menor ou média periculosidade (o que é a maioria). Por conseguinte, crimes como os de homicídio, normalmente, irão a julgamento, mas isso não é uma regra absoluta. Como exceção ao que é do costume americano, é possível citar o caso de James Earl Ray, assassino de Martin Luther King, que acordou em admitir a culpa, para afastar a pena de morte na cadeira elétrica e recebeu 99 (noventa e nove) anos de prisão⁵.

No Brasil, defende-se o oposto, a utilização da colaboração premiada deve ocorrer, apenas, em casos de maior complexidade ou perigo para a sociedade, o que implica reconhecer que a legislação prevê uma utilização restritiva, de caráter excepcional. Quiçá, a melhor comparação a ser feita com o “plea bargaining” é com o instituto da transação penal, apesar de haver muitas diferenças entre ambos.

Lopes Jr. (2013, p. 963) leciona o seguinte sobre o instituto da transação penal:

A transação penal consistirá no oferecimento ao acusado, por parte do Ministério Público, de pena antecipada, de multa ou restritiva de direitos. Não há, ainda, oferecimento de denúncia. Desde logo, sublinhamos que predomina o entendimento de que a transação penal é um direito subjetivo do réu, de modo que, preenchidos os requisitos legais, deve ser oportunizada ao acusado. Ao Ministério Público, como bem define Pacelli, a discricionariedade “é unicamente quanto à pena a ser proposta na transação, restritiva de direitos ou multa, nos termos do art. 76 da Lei n. 9.099/95”.

Em síntese, os requisitos da transação penal consistem em: a) infração de menor potencial ofensivo (contravenções penais e crimes com pena máxima não superior a dois anos, cumulada ou não com multa); b) não ser caso de arquivamento do termo circunstanciado; c) não ter sido o autor da infração condenado à pena privativa de liberdade, por decisão transitada em julgado; d) não pode ter sido beneficiado nos últimos cinco anos com a transação penal; e) o agente deve ter bons antecedentes, conduta social, personalidade, bem como os motivos e circunstâncias favoráveis (art. 76, § 2º, inc. III, da Lei 9.099/95).

Ressalta-se que a aceitação da transação penal não é o reconhecimento da culpa pelo suposto infrator, como acontece no “plea bargaining”. É, apenas, uma maneira dele

⁵ Para maiores informações sobre o assunto: <<<http://www.history.com/this-day-in-history/ray-pleads-guilty-to-king-assassination>>>

celebrar um acordo, em casos específicos, para evitar um processo criminal com uma possível condenação, o que significa dizer que, assim, as consequências, para o agente, são diferentes. Em que pese o escopo da transação penal ter semelhança com os objetivos do “plea bargaining” - aumentar a celeridade e simplificar a resolução dos conflitos -, esses institutos não se confundem.

Cunha e Pinto (2014, p. 65) lecionam que alguém poderia vislumbrar que a nova Lei do Crime Organizado introduziu, em nosso ordenamento, o instituto do *plea bargaining*, típico do direito norte-americano, consistindo este instituto em:

[...] uma negociação entre o Ministério Público e a defesa, destinada a obter uma confissão de culpa em troca da acusação por um crime menos grave [...]. Ocorre que são tantas as variantes de tal instituto que divergem, inclusive, de estado para estado norte-americano que torna difícil a equiparação.

Não é o que ocorre no Brasil, onde o Ministério Público não pode atribuir uma capitulação legal diferente para os fatos como forma de negociação, diante do princípio da legalidade, divergindo do instituto estadunidense, no qual o *prosecutor* tem maior discricionariedade.

No Brasil, até se pode atribuir outra tipificação aos fatos, mas em virtude da descoberta de outra definição, no decorrer da instrução do processo, com novas provas realizadas, atestando que a capitulação contida na denúncia foi errônea, fazendo-se necessário, nesse caso, o aditamento da denúncia. Dá-se o nome de *mutatio libelli* para esse fenômeno processual (art. 384 do CPP), pois os fatos narrados na exordial são diferentes daqueles provados durante a instrução. Contudo, na colaboração premiada, não existe a possibilidade de negociar qual tipificação legal será descrita na denúncia. Além disso, a legislação processual penal permite que o magistrado, ao perceber que a capitulação legal foi diferente dos fatos narrados na peça vestibular, possa realizar a *emendatio libelli*, conforme prevê o art. 383 do CPP, corrigindo esse erro, mas não implicando em prejuízo para o denunciado, porque este se defende dos fatos, e não da tipificação que lhe é atribuída.

Maierovitch *apud* Cunha e Pinto (2014, p. 65) indica, pelo menos, duas formas de barganha do direito estadunidense que poderiam trazer alguma similitude com o instituto da colaboração premiada utilizada no Brasil:

[...] pela primeira *charge bargaining* – o arguido declara-se culpado e o *persecutor* muda a acusação. Substitui o delito original por outro de menor gravidade. Na *sentence bargaining*, sempre depois do reconhecimento da culpabilidade, o acusador postula a aplicação de uma sanção mais branda.

Bittar (2011, p. 28), no entanto, diferencia três modalidades do “plea bargaining”:

A sentence bargaining, a charge bargaining e uma forma mista. A primeira consiste num acordo em que, em troca da declaração de culpabilidade do acusado, “lhe é feita a promessa de aplicação de uma pena determinada ou determinável, dentro de variantes estabelecidas, ou de que fará o Ministério Público recomendações benevolentes (recommendations) ao juiz – as quais este não está obrigado a seguir – ou, de que não se oporá o órgão de acusação ao pedido de moderação de pena feita pela defesa”. No segundo tipo de transação, “em troca da confissão de culpa do réu com relação a um ou mais crimes, o prosecutor se compromete a abandonar determinada ou determinadas imputações que originalmente lhe foram feitas, ou acusá-lo de um delito menos grave que o realmente cometido. Na forma mista, existe a aplicação de uma pena atenuada e diminuição de imputações em troca da confissão do acusado.

Cunha e Pinto (2014, p. 65) ainda asseveram que:

[...] o ato de o Ministério Público que deixa de ofertar a denúncia não se enquadra, pelo exposto, em nenhuma dessas categorias acima, contudo, na redução de pena, autorizada no *caput* do artigo (quando se tem um prévio processo judicial), vê-se identidade com o instituto norte-americano do *sentence bargaining*.

É cediço que o *Common Law* possui uma metodologia, em tese, completamente diferente do *Civil Law*. Ao passo que o primeiro vale-se do método indutivo para a resolução dos conflitos, ou seja, os casos são resolvidos a partir de jurisprudências; o segundo tem como supedâneo o método dedutivo, resolvem-se os casos por meio da aplicação da lei. Por óbvio, que nenhum sistema é absoluto e, atualmente, o Brasil repete, em seus julgados, muitas das jurisprudências dominantes dos tribunais. Contudo, a comparação do “plea bargaining” com a colaboração premiada deve ser feita com cautela, tendo em vista os diferentes princípios que direcionam o processo no ordenamento americano e no brasileiro.

Outrossim, as normas procedimentais divergem. O processo penal americano pode ser dividido em três grandes fases: a primeira, da investigação (*investigatory stage*); a segunda, da judicialização (*adjudicatory stage*), em que o *prosecutor* elabora a acusação e o juiz decide a sua admissibilidade, e a terceira é a fase judicial. Na prática, ocorrendo a prisão, o acusado irá ser apresentado ao juiz em vinte e quatro horas, oportunidade em que poderá confessar sua culpa, negar a acusação ou renunciar ao direito de defesa (neste último caso, não há qualquer oportunidade de elaborar sua versão dos fatos), o que é inadmissível no Brasil.

Bittar (2011, p. 30) esclarece que:

Ao dizer que não se defenderá, o réu obtém todos os resultados práticos de quem confessa a culpa, ou seja, pena reduzida e abreviação do processo. No entanto, tal sentença não poderá ser utilizada pela vítima na ação de reparação civil. Já as declarações de culpa, como bem observa João Gualberto Garcez Ramos, geralmente são fruto dos pleitos de barganha (*plea bargaining*).

Diante do conceito do instituto da colaboração premiada e das peculiaridades do direito estrangeiro, apresentadas de maneira comparativa, aufere-se que o Brasil tentou fazer uma importação às avessas de certos aspectos da justiça negociada. Esse mimetismo não refletiu muita afinidade com esses outros ordenamentos da Espanha e Estados Unidos. Tendo em vista o contexto histórico, a realidade político-criminal e o sistema jurídico distinto, por conseguinte, o instituto da colaboração premiada que se tem hoje no Brasil inspirou-se no direito estrangeiro, com uma aproximação mais marcante do direito italiano, mas sofreu uma adaptação diferenciada, principalmente, no que se refere às questões procedimentais.

3.2.3 Evolução legislativa da delação premiada no ordenamento brasileiro

O mais novo diploma legal que entrou em vigor sobre essa temática é a Lei n. 12.850/2013, que definiu organização criminosa e dispôs sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, as infrações penais correlatas e o procedimento criminal para uma melhor delimitação do poder punitivo estatal. Entre as modificações inseridas pela nova lei estão a criação do gênero “colaboração premiada”, afastando o uso do termo pejorativo “delação premiada” – a maioria da doutrina diz que esta passou a ser espécie daquela - e a criação de mecanismos limitadores para o seu uso.

Ressalta-se que o instituto da delação premiada já estava previsto em vários outros diplomas legais nacionais, entre os quais a Lei dos Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 25 de julho de 1990), a Lei n. 9.080, de 19 de julho de 1995, a Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986, a Lei de Crimes contra a Ordem Tributária, Econômica e Contra as Relações de Consumo (Lei n. 8.137, de 27 de dezembro de 1990), a antiga Lei do Crime Organizado (Lei n. 9.034, de 3 de maio de 1995), o artigo 159, parágrafo 4º, do Código Penal; a Lei de Lavagem de Capitais (Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998), a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas (Lei n. 9.807, de 13 de julho de 1999) e a Lei de Drogas (Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006).

Apesar de existirem muitas roupagens para a colaboração premiada, tendo em vista a grande quantidade de leis esparsas que dispuseram sobre esse instituto, analisando-o num contexto histórico de maneira ampla, poucas nuances poderiam descaracterizar o seu

conceito essencial. Assim, importante é resgatar o primeiro diploma normativo que previu o que conhecemos hoje como colaboração premiada em nosso ordenamento.

Inicialmente, têm-se as Ordenações Filipinas, no século XVII, que entraram em vigor em 1603 até 1830. Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 71-72) descrevem assim o instituto previsto nas Ordenações:

Como ponto geminal do instituto em estudo, o referido diploma legal traz dois dispositivos a ele atinentes, ambos no Livro Quinto. O primeiro, no Título VI (Do crime de Lesa Majestade), número 12, cuida do perdão que se deve conferir ao participante e delator do crime de lesa majestade, e, caso não se coloque como principal organizador da empreitada criminosa, se lhe faria acrescida recompensa. E, na hipótese de outrem já haver descoberto o delito, inútil será a delação pelo autor, porquanto o rei já dele teria conhecimento ou teria condições de obtê-lo. Identifica-se como características presente em referida norma que permanece no instituto da colaboração premiada na atualidade, a impunidade do agente caso o delito tenha sido desbaratado em função da informação prestada. Verifica-se um crescente de benefícios, que atinge a oferta de pagamento, condicionada à menor participação do delator. Nítido remanesce o propósito de a autoridade buscar informação junto aos participantes da empreitada criminosa com o escopo de ver facilitada sua atuação a par do propósito de evitar o prosseguimento da atividade delinquencial. Frisa-se que, no aludido dispositivo, deixa de merecer amparo a delação verificada após o conhecimento, característica também presente em dias atuais, à vista da inocuidade da informação, o que revela caráter utilitarista do instituto.

Outrossim, o Título CXVI do diploma supracitado dispôs sobre o perdão das penas de crimes, com rol taxativo, ao delator que identificasse a participação de outrem com quem se associou. Sobre esse dispositivo, Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 72) afirmam que “avança a norma ao prever o pagamento em pecúnia àquele que possibilitar a prisão e provar a responsabilidade criminal do salteador de caminhos”.

Em síntese, o dispositivo filipino fazia a exigência da incriminação de outra pessoa, cuja declaração imiscuía-se de valor probatório, além de ser delegado ao colaborador a função de amealhar outras provas; ademais, a lei já realizava distinção quanto à graduação do benefício a ser entregue ao delator e havia uma preocupação com a proporcionalidade das ações criminosas do próprio delator.

Conforme Ferro, Pereira e Gazola (2014, p. 73), “tal restrição traduz também uma preocupação utilitária, uma vez que o Estado trocava, se limite não houvesse, a impunidade de um crime grave pela elucidação de outro menos ofensivo”. Além disso, houve a delimitação dos crimes em que o instituto poderia ser aventado.

No que tange à evolução legislativa⁶, após a revogação das Ordenações Filipinas

⁶ Sobre a evolução legislativa, o presente trabalho realizou uma síntese do que consta no livro “Delação Premiada (Direito Estrangeiro, Doutrina e Jurisprudência)” de Walter Barbosa Bittar, assim, para maiores informações: vide fls. 89-154.

com o advento do Código Criminal do Império, o instituto não mais permaneceu em nosso ordenamento, até a Lei n. 8.072/90, quando, passados longos cento e sessenta anos, a delação premiada novamente foi prevista.

A Lei de Crimes Hediondos foi aprovada com pouca discussão no Congresso Nacional, em pouco mais de dois meses. O contexto histórico não se distingue das outras leis penais sancionadas no país: em meio à insegurança experimentada pela população, com a taxa de criminalidade aumentando e a mídia pressionando o setor público, tem-se a elaboração de uma lei penal como uma resposta para acalmar os ânimos da população.

Nas décadas de setenta e oitenta, havia muitos adeptos do movimento *Law and Order*, em que se defendia a extinção da criminalidade a qualquer custo, ainda que isso trouxesse, como consequência, o desrespeito dos direitos de cidadãos; o resultado da criação dessa lei, nesse contexto, por óbvio, foi eminentemente simbólico, porém, apenas com esse referido diploma foi que a delação premiada retornou para o nosso ordenamento.

Aufere-se da Lei de Crime Hediondos uma preocupação do legislador em elaborar um rol taxativo de aplicação do instituto, quais sejam: a tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os crimes hediondos.

Posteriormente, com a elaboração de outras leis esparsas, nota-se preocupação semelhante, mas atualmente, existe uma corrente que defende a sua utilização para qualquer tipo de crime, como nos Estados Unidos.

A Lei n. 8.072/90 inseriu no art. 159, do Código Penal, o § 4º, dispondo sobre a causa de diminuição de pena para aquele coautor ou partícipe do crime de extorsão mediante sequestro, perpetrada em quadrilha ou bando, que de qualquer forma ajudasse as autoridades a libertar as vítimas.

Após, com a promulgação da Lei n. 9.269/96, o dispositivo supracitado foi alterado: os requisitos para a concessão da benesse foram ampliados, de modo que o simples concurso de pessoas em que o coautor ou partícipe denunciasse a ocorrência e facilitasse a libertação da vítima de alguma maneira, proporcionava a aplicação da causa de diminuição (em até dois terços da pena).

Além dessa disposição inaugural acrescida pela Lei n. 8.072/90, também a novidade foi prevista em seu art. 8º, parágrafo único, o qual dispôs sobre a redução de pena para aquele associado que denunciasse à autoridade sobre o bando ou a quadrilha.

Ainda sobre a Lei de Crimes Hediondos e a implementação da colaboração premiada, resta imperioso destacar que a eficácia do instituto foi irrelevante e que diversas críticas foram realizadas, entre elas, no sentido de que supracitada lei não previu nenhuma

proteção ao delator.

Posteriormente, tem-se a hoje revogada Lei n. 9.034/95 – apelidada de lei brasileira de “combate” ao crime organizado – que dispôs, no seu art. 6º, sobre a redução de pena, se a colaboração fosse espontânea e levasse ao esclarecimento da infração penal e de outro participante ou coautor.

Essa lei, também, foi alvo de inúmeras críticas da doutrina, por ter sido omissa em relação à definição de crime organizado ou criminalidade organizada, apesar de ter mencionado esses termos inúmeras vezes em sua redação. Verifica-se que “[...] a Lei 9.034/95 foi elaborada como uma tentativa de enfrentar o crime organizado, ou o que se pretendeu compreender como criminalidade sofisticada, mas não quadrilha ou bando, que normalmente é compreendida como um conceito de criminalidade massificada [...]” (BITTAR, 2011, p. 101).

A falta de definição desses termos gerou uma polêmica tão grande no mundo jurídico que doutrinadores, como Santos (2003, p. 216), chegaram a dizer que o conceito de crime organizado era um “mito; do ponto de vista da ciência, uma categoria sem conteúdo; e do ponto de vista prático, um rótulo desnecessário”. Outra questão, que trouxe um entrave à época, foi o uso da expressão, no plural, do termo “infrações penais”. No entanto, havia o entendimento de que era possível a aplicação da benesse, ainda que apenas um delito fosse desvendado, desde que apenas este tenha sido cometido, nesse sentido, lecionava Bittar (2011, p. 106).

A delação premiada podia ser configurada quando ocorria a ajuda nas investigações das infrações praticadas de que o delator tivesse conhecimento. Assim, percebe-se outra peculiaridade desta lei, pois não estava o delator obrigado a apontar os demais participantes. Por óbvio, que a não revelação iria influenciar no cálculo da pena, mas não era um obstáculo para a concessão do benefício.

Ademais, Cunha e Pinto (2014, p. 35) lecionam que “posteriormente a revogada lei que tratava das organizações criminosas (Lei n. 9.034/95), no art. 6º, tornou a prever a redução da pena, desde que a espontânea colaboração do agente levasse ao esclarecimento de infrações penais e de sua autoria”.

Após sessenta e um dias da aprovação da Lei n. 9034/95:

[...] foi promulgada a Lei n. 9.080/95, cujo conteúdo, limitava-se tão-somente a ampliar a possibilidade de concessão do beneplácito, por meio do acréscimo de um parágrafo ao art. 25, da Lei 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro nacional, mais conhecida como Lei dos Crimes de Colarinho Branco) e outro parágrafo ao art. 16 da Lei 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações

de consumo (BITTAR, 2011, p. 108).

Para melhor esclarecimento dos dispositivos, cumpre citá-los, *in verbis*:

Art. 25, § 2º, da Lei n. 7492/86: Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços. (Incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995) [...] Art. 16 da Lei n. 8137/90: Qualquer pessoa poderá provocar a iniciativa do Ministério Público nos crimes descritos nesta lei, fornecendo-lhe por escrito informações sobre o fato e a autoria, bem como indicando o tempo, o lugar e os elementos de convicção. Parágrafo único. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em quadrilha ou coautoria, o coautor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços (Parágrafo incluído pela Lei nº 9.080, de 19.7.1995).

Note-se que há a utilização da expressão “confissão espontânea” para se referir à benesse e que ela poderia ocorrer tanto na fase policial quanto na judicial, devendo revelar toda a trama delituosa, corroborada por outros elementos probatórios.

Houve muitas críticas no sentido de que ocorreu uma banalização do instituto, pois sua previsão restou amplificada para todos os crimes previstos nas leis supracitadas, inclusive para os crimes de menor potencial ofensivo em que a pena máxima é de até dois anos, como, por exemplo, o art. 2º da Lei 8.137/90. Outra crítica envolvendo a delação premiada foi feita a esta última lei, concernente à ocorrência da despenalização dos crimes contra a ordem tributária, quando do pagamento do tributo sonegado, o que demonstra maior preocupação com o recolhimento do tributo do que qualquer interesse jurídico, o que não se coadunava com a finalidade da delação premiada, para alguns autores.

Bittar (2011, p. 120-121) discorreu sobre essa discussão, no seguinte sentido:

Esse aspecto peculiar do crime tributário é outro elemento a demonstrar a banalização da delação premiada no ordenamento jurídico pátrio, agora não apenas ante as penas em abstrato cominadas, pois o art. 2º da Lei em comento, conforme já assinalado, possui pena máxima de detenção de dois anos (crime de menor potencial ofensivo, mas, também, pelo fato de que é nítida a política criminal despenalizadora, o que afeta um dos objetivos principais da delação premiada, que é justamente o de alcançar coautores de crimes, cuja sanção interessa ao Estado. Nesse sentido é que se afirma que há um verdadeiro paradoxo, novamente criado pela falta de critério do legislador, ao não ter previsto a extinção da punibilidade pela delação nos crimes tributários, mas sim pelo pagamento do tributo supostamente devido, pois – nos casos de crimes tributários – o delator poderia, ao confessar espontaneamente, esclarecer toda a trama delituosa, inclusive apontando todos os envolvidos em eventual fraude penal tributária. Estes, após o pagamento do tributo devido, que leva a extinção da punibilidade pela legislação atual, ficariam isentos de responsabilidade criminal pelo crime fiscal, mas sem o mesmo ônus imposto ao delator que, desta forma, não mais teria sua pena reduzida ou perdoada pelo magistrado em face da delação, mas sim pelo pagamento do tributo por parte daquele que, justamente, deveriam ser sancionados. O pagamento do tributo devido alcança todos os réus,

independentemente de vontade ou mérito.

Ademais, a Lei n. 8.137/90 não estabeleceu, como rol taxativo, todos os crimes contra a ordem econômica, existindo em outras leis esparsas delitos pertencentes a essa categoria. É importante mencionar que a doutrina criticou demasiadamente esta lei por não definir o conceito da expressão “ordem econômica” e seus desdobramentos.

Outro aspecto da Lei n. 8.137/90, diz respeito ao seu art. 7º, que se refere aos crimes contra as relações de consumo, aos quais também incide a benesse da delação premiada.

Conforme Bittar (2011, p. 132),

O legislador como de costume, atrapalha-se na hora de dar proteção penal às relações de consumo, pois, entre outras coisas, promulga o Código de Defesa do Consumidor, onde sistematiza quase todo o tema e, praticamente, em seguida na Lei n. 8.137/90, em seu art. 7º, cria tipos penais protegendo basicamente o mesmo bem jurídico.

Imperioso destacar a Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Capitais), que, também, surgiu no contexto da globalização das relações econômicas e políticas, o qual exigiu uma cooperação internacional melhorada, para lidar com a característica da transnacionalidade pertencente, em regra, ao delito de lavagem de capitais.

No que tange à delação premiada, essa lei possibilitou um aumento significativo nas possibilidades de concessões da benesse, bem como na sua graduação.

Segundo Cunha e Pinto (2014, p. 35), a Lei de Lavagem de Capitais “[...] ampliou o leque de favores, prevendo, além da redução da pena (ou a sua substituição), seu cumprimento em regime semiaberto ou aberto e a possibilidade do perdão judicial (art. 1º, § 5º)”.

Na lei em comento, aufere-se que se necessita da apuração das infrações penais e de sua autoria ou da localização dos bens, o que aumenta a graduação para receber o benefício. Outrossim, faz-se menção ao requisito da “espontaneidade”, como vinha sendo disposto nas outras leis esparsas já mencionadas, de modo que a ideia deveria partir do próprio delator e não de um terceiro. Essa expressão foi substituída pela “voluntariedade”, apenas, com o advento da Lei n. 9.807/99.

Seguindo a linha cronológica das leis, tem-se a promulgação da Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas), também muito polêmica, que estabeleceu a benesse nos seus arts. 13 e 14 (perdão judicial e redução de pena), bem como a proteção ao

colaborador no art. 15. Antes dessa lei, a delação premiada era restrita a certos tipos penais expressamente previstos nas leis esparsas, conforme anteriormente já comentado. Com o advento da Lei n. 9.807/99, a delação premiada foi ampliada para todos os tipos penais, porquanto não havia disposição expressa restringindo a sua aplicação.

Alguns doutrinadores, como Greco (2010, p. 685), afirmavam:

Pela redação do mencionado art. 13, tudo indica que a lei teve em mira o delito de extorsão mediante sequestro, previsto no art. 159 do Código Penal, uma vez que todos os seus incisos a ele se parecem amoldar. Contudo, vozes abalizadas em nossa doutrina já se levantaram no sentido de afirmar que, na verdade, a lei não limitou a sua aplicação ao crime de extorsão mediante sequestro, podendo o perdão judicial ser concedido não somente nesta, mas em qualquer outra infração penal, cujos requisitos elencados pelo art. 13 da Lei nº 9.807/99 possam ser preenchidos.

Ora, se não houver disposição expressa solucionando o conflito interpretativo, deve-se aplicar, em caso de dúvida, a lei mais benéfica, apesar de ser geral. Salienta-se que os requisitos para a concessão do perdão judicial dessa lei são concomitantes, assim, deve haver: primariedade, colaboração efetiva e voluntariedade com a investigação e o processo criminal; que essa colaboração tenha resultado⁷.

Posteriormente à Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas, foi sancionada a Lei n. 11.343/06, conhecida como a Lei de Drogas, a qual, no seu art. 41, dispõe sobre a redução de um terço até dois terços de pena àquele que, voluntariamente, contribuir com a investigação criminal, identificando os demais coautores ou partícipes e proporcionando ajuda na recuperação total ou parcial do produto do crime. Frisa-se que há a necessidade cumulativa desses dois requisitos, para fazer jus ao prêmio, mas a doutrina e a jurisprudência vinham aplicando a Lei n. 9.807/99, que é geral e abrange, de maneira genérica, a concessão do benefício, mesmo em casos de crimes envolvendo drogas, porquanto mais benéfica (princípio da irretroatividade da lei mais grave, previsto no art. 5º, XL, da Constituição Federal), já que isenta de pena e a outra apenas possibilita a sua diminuição.

Imperioso elucidar que a Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976, bem como a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, que dispunham sobre a prevenção e repressão ao tráfico ilícito de entorpecentes e que previram hipóteses de delação premiada, foram revogadas pelo

⁷ Apesar da maioria da jurisprudência pátria não conceder o perdão judicial ao delator que não preencher a todos os requisitos mencionados, o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já julgou um caso em que o réu havia colaborado na fase policial, mas preferiu usar do seu direito de permanecer em silêncio na fase judicial (não confirmando as declarações, nem as desmentindo) e mesmo assim acabou por receber o perdão judicial. Portanto, o delator não preencheu o requisito de colaborar na investigação e no processo criminal concomitantemente. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70026888701 da Sétima Câmara Criminal, Rel: João Batista Marques Tovo, julgado em 18 de dezembro de 2008.

art. 75 da Lei n. 11.343/06, de modo que não se fazem necessárias maiores divagações sobre elas.

Assim, as antigas leis tinham a tendência de silenciar a respeito do procedimento para a concessão do benefício, apenas mencionavam a incidência do instituto em casos específicos.

Portanto, para quem está inserido na realidade do Poder Judiciário, é sabido que a sobreposição de inúmeras leis versando sobre a benesse e a importação desajeitada do instituto de outros países são fatores que deixaram a prática muito complexa, implicando confusões tanto para julgadores quanto para as partes da ação, principalmente, no momento de analisar a sucessão das leis.

Louvável foi o advento da Lei n. 12.850/13, tendo em vista que o procedimento do acordo de colaboração premiada recebeu maior destaque. A sua delimitação será analisada no próximo subitem.

3.2.4 Síntese das inovações trazidas com a Lei n. 12.850/2013

A Lei n. 12.850/13 trouxe diversas novidades e muitos acertos, porém, como toda legislação brasileira, ainda existem lacunas a serem dirimidas e polêmicas a serem debatidas.

Inicialmente, cumpre destacar que, neste item, serão enfatizadas as novidades no que se refere aos procedimentos específicos à colaboração premiada, tendo em vista que o novo conceito de crime organizado e os outros meios extraordinários de investigação já foram tratados no capítulo anterior de maneira mais detalhada.

Além disso, o conceito do instituto da colaboração premiada também já foi esmiuçado no presente capítulo, sendo preciso, apenas, salientar que, na maioria das legislações anteriores, fazia-se necessário o caráter da “espontaneidade” para o beneplácito ser considerado válido, ou seja, somente poderia ser aventada a colaboração a partir do próprio indivíduo; todavia, atualmente, o termo empregado na Lei n. 12.850/2013 é o da “voluntariedade”, o que enseja a ideia de que o acordo pode partir inicialmente de outrem, porém sem coação. Adotou-se o entendimento de que a colaboração premiada é um gênero do qual a delação premiada deriva como uma das suas espécies, não se devendo confundir os conceitos de ambos, como vem ocorrendo na mídia.

Após essas considerações iniciais, analisaremos que o instituto da colaboração premiada veio a complementar as legislações já vigentes, tendo em vista que a nova normatização especificou os procedimentos necessários para a aplicação do mecanismo de

redução/isenção/substituição de pena ou, até mesmo, o não oferecimento da denúncia. Mais precisamente, a Lei n. 12.850/2013 tentou preencher as lacunas existentes nas antigas legislações, estabelecendo requisitos para a utilização do instituto e vislumbrando resultados que a colaboração deve proporcionar.

Sobre os resultados da efetiva colaboração, pode-se elencar os incisos do art. 4º da referida Lei:

- I - a identificação dos demais coautores e partícipes da organização criminosa e das infrações penais por eles praticadas;
- II - a revelação da estrutura hierárquica e da divisão de tarefas da organização criminosa;
- III - a prevenção de infrações penais decorrentes das atividades da organização criminosa;
- IV - a recuperação total ou parcial do produto ou do proveito das infrações penais praticadas pela organização criminosa;
- V - a localização de eventual vítima com a sua integridade física preservada.

Assim, auferese que a Nova Lei do Crime Organizado preocupouse em estabelecer os resultados que o acordo deve proporcionar ao Estado, o que se faz necessário, tendo em vista o caráter excepcional dessa medida. Também o legislador dispôs, no § 1º do artigo 4º, que a concessão do benefício levará em consideração a personalidade do colaborador, a natureza, as circunstâncias, a gravidade e a repercussão social do fato criminoso⁸ e, novamente, citou a eficácia da colaboração, a qual está atrelada aos resultados práticos enumerados acima.

Entre os novos limites processuais impostos ao instituto da colaboração premiada, está a vedação de o juiz participar das negociações com o acusado, o que significa dizer que o acordo poderá ser realizado entre o representante do Ministério Público ou delegado e o colaborador, este assessorado por seu advogado, devendo o acordo, somente, ser homologado pelo juiz se preenchidos os requisitos legais (Art. 4º, § 6º, da Lei 12.850/13), de modo que o juiz não mais participará ativamente do procedimento. Afasta-se, assim, do sistema

⁸ Inúmeras críticas podem ser atreladas a essa imposição subjetiva do legislador, tendo em vista que, normalmente, os crimes que necessitam ser desvendados por meio da ajuda da colaboração premiada são de alta periculosidade e envolvem agentes que costumam estar inseridos no âmbito da criminalidade mais sofisticada. Assim, a eficácia do instituto poderia estar comprometida, porquanto, na prática, os juristas divergem muito na aceitação da colaboração premiada. Tal fenômeno é verificável há muito tempo. Em acórdão da lavra do Relator Nilton Macedo Machado, verifica-se tal debate: “Não merece provimento a apelação interposta pelo Ministério Público relativamente ao réu Elodir José Schoartz, visando revogação do benefício previsto no art. 14 da Lei n. 9.807/99, ao argumento que não se crê que ‘traficantes de drogas, que tantos e tantos males impõem à sociedade, mesmo aqueles ‘laranjas’ como se rotula Elodir, tenham méritos para tal benefício’”. Nesse caso, houve recurso do Ministério Público almejando retirar o benefício da redução de pena aplicada, em virtude de delação premiada, apenas porque o Promotor não concordava com o instituto, porém todos os elementos objetivos da colaboração estavam presentes, como a coerência das informações prestadas, corroboradas com outros elementos probantes, o que proporcionou o desprovisionamento do recurso. Sobre o assunto: BRASIL.Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2000.010338-1 da Primeira Câmara Criminal, rel. Des. Nilton Macedo Machado, julgado em 22 de agosto de 2000.

inquisitório e se busca resguardar o princípio da imparcialidade judicial. Antes, a negociação era feita diretamente com o juiz e, muitas vezes, o acordo era considerado como prova, o que acabava por contaminar a imparcialidade judicial.

Apesar de o entendimento majoritário ter se sedimentado no sentido de que a delação premiada era, na verdade, um meio de prova, não havia nenhuma norma que expressava claramente isso. Hoje, a Nova Lei do Crime Organizado dispôs neste sentido (art. 4º, §16), acrescentando que nenhuma condenação deve ser realizada somente nas declarações do colaborador, de modo que se necessita de outros elementos que corroborem tais depoimentos.

Outrossim, bem vindo foi o artigo 6º da Lei 12.850/13, em que os requisitos do acordo foram expressamente detalhados, porquanto o acordo de colaboração premiada é um negócio jurídico complexo e olvidou-se o legislador, nas antigas leis esparsas, de estabelecer o aspecto formal do acordo. A ausência de tais requisitos conduzirá ao indeferimento da homologação. Apesar de o juiz não se manifestar mais sobre a conveniência da medida, exige-se essa conferência dos critérios formais.

Outra inovação, quicá o maior avanço trazido para a colaboração premiada, é que o colaborador passou a ter mais direitos de proteção, pois, conforme o disposto no artigo 5º, inciso I, da Lei n. 12.850/2013, ele poderá usufruir das medidas de proteção previstas na legislação de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, além de ter um rol exemplificativo de direitos de proteção nos outros incisos do artigo 5º em comento. Antes, havia, apenas, as disposições nos artigos 8º e 15 na Lei n. 9.807/99, nos quais somente algumas medidas poderiam ser aplicadas, e nenhuma lei reforçava essa garantia de maneira amplificada, ficando dependente da boa vontade dos agentes estatais para proteger sua identidade. Ora, é cediço que a importância desse dispositivo está intrinsecamente vinculada à eficácia do instituto, uma vez que a organização criminosa tem como supedâneo a “lei do silêncio” e está garantida pelas severas sanções corporais aplicadas àqueles que ousarem transgredi-la.

Ademais, a nova lei propôs uma aproximação inédita entre o promotor de justiça e o delegado de polícia, tendo em vista que permite que o acordo seja realizado entre este último e o réu colaborador, com a manifestação do Ministério Público (art. 4º, § 2º). Alguns autores dizem que há, apenas, uma impropriedade terminológica nesse dispositivo, já que o único que tem capacidade postulatória na ação penal pública incondicionada é o *parquet*. Essa polêmica, porém, será matéria de exposição no terceiro capítulo do presente trabalho.

Além disso, sobre os efeitos da colaboração premiada, autores, como por

exemplo, Ana Luiza Almeida Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola, posicionam-se no sentido de que o legislador não obteve êxito, ao estabelecer os critérios objetivos do § 4º do art. 4º da nova lei do crime organizado ao dispor que: “Nas mesmas hipóteses do *caput*, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador: I – não for o líder da organização; II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo”.

Esses requisitos objetivos também são inovações do legislador, bem como a implementação da possibilidade do Ministério Público deixar de oferecer a denúncia, se o colaborador preencher os critérios. Novamente, neste aspecto, há uma enorme polêmica, no que se refere à mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada, prevista no art. 129, I, da Constituição Federal, que será objeto de estudo no terceiro capítulo deste presente trabalho.

Outrossim, a doutrina vem debatendo acerca dos §§ 12 e 14 do art. 4º da Lei n. 12.850/13, nos quais o legislador prevê a possibilidade de o colaborador ser ouvido como testemunha, “ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado”, renunciando ao direito de silêncio nos depoimentos que prestar. Assim, questiona-se como alguém que foi beneficiado pelo perdão judicial pode ser ouvido como testemunha, porquanto estaria o colaborador ocupando a posição de réu e concomitantemente de testemunha no mesmo processo.

Também inovou a lei ao estabelecer a possibilidade de colaboração após a sentença condenatória (o termo correto seria após o trânsito em julgado), oportunidade em que a pena poderá ser reduzida até a metade ou será admitida a progressão de regime ainda que ausentes os requisitos objetivos para essa concessão (art. 4º, § 5º, da Lei n. 12.850/13).

Por fim, é importante esclarecer que essa ampliação no rol dos efeitos da colaboração, na proteção ao agente, nos limites procedimentais estabelecidos, são fatores que tornaram a Lei n. 12.850/13 mais benéfica do que qualquer outra lei esparsa anteriormente prevista.

3.3 O USO E A EFICÁCIA DO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA NO BRASIL

3.3.1 Os usos do instituto da colaboração premiada no Brasil

No Brasil, a delação premiada e a colaboração premiada já estiveram presentes em

inúmeros casos de grande repercussão, a exemplo do caso “Dorothy Stang”, da “Operação Ouro Branco”, da ação penal n. 470, mais conhecida como o esquema do “Mensalão”, da mais recente “Operação Lava Jato”.

3.3.1.1 O caso Dorothy Stang

No caso do assassinato da missionária Dorothy Mae Stang, aos 73 anos de idade, em 12 de fevereiro de 2005, em Anapu, Pará, em face da sua luta em prol de projetos de desenvolvimento sustentável na Amazônia, é sabido que o homicídio recebeu atenção da mídia internacional.

Sobre os fatos, cumpre ressaltar que:

Dorothy vivia há 20 anos na região, atuando no trabalho com camponeses e na luta contra grileiros de terras. Em dezembro de 2005, a Justiça condenou Rayfran das Neves Sales, o "Fogoió", e Clodoaldo Carlos Batista, o "Eduardo", a 27 e 17 anos de prisão, respectivamente, por terem matado a missionária. Amair Feijoli da Cunha, o "Tato", foi condenado a 27 anos de prisão como intermediário do assassinato, mas teve a pena reduzida por colaborar com o processo (NOTÍCIAS TERRA, 2014).

Assim, o homem que intermediou a execução do crime e que entregou a arma para o assassinato, vulgo “Tato”, restou condenado a 27 anos de prisão, contudo, por terem sido eficazes as suas declarações por intermédio do acordo de delação premiada, o magistrado reduziu em um terço a pena, resultando em 18 anos.

3.3.1.2 O caso da Operação Ouro Branco

No caso da “Operação Ouro Branco”, deflagrada em 2007, mas referente a fatos ocorridos 2 anos antes, os acusados “batizavam” o leite produzido pelas cooperativas Casmil e Coperval, adicionando soda cáustica, citrato de sódio e ácido cítrico, com o escopo de aumentar o prazo de validade, incorrendo no crime previsto do art. 272 do Código Penal.

De acordo com o Ministério Público Federal (MPF, 2008):

Foram denunciados o diretor-presidente da Copervale, Luiz Gualberto Ribeiro Ferreira, que foi quem determinou a adição da solução química, com o objetivo de auferir maior lucratividade com a venda do produto; o engenheiro químico que criou a fórmula, Pedro Renato Borges; o fiscal agropecuário federal Afonso Antônio da Silva, que era conivente com o esquema; o gerente industrial da Copervale responsável por supervisionar o processo de adulteração, Romes Monteiro da Fonseca Júnior, além de todos os funcionários da cooperativa que tinham conhecimento da fraude e participavam da cadeia de atos que resultavam na

adulteração. Em relação à maioria desses funcionários, o MPF requereu a aplicação dos benefícios da delação premiada, em virtude de sua colaboração para o esclarecimento dos fatos.

3.3.1.3 O caso do Mensalão

No caso do “Mensalão”, os crimes perpetrados foram os de peculato, corrupção passiva e ativa, lavagem de dinheiro, formação de quadrilha, evasão de divisas, gestão fraudulenta e falsidade ideológica. Estima-se que tal esquema foi responsável por desviar aproximadamente R\$ 141 milhões de reais dos cofres públicos, segundo declarações do pivô do esquema, Marcos Valério.

Conforme Villa (2012, p. 118), a quebra do “pacto de silêncio”, no caso supracitado, foi de suma importância para que houvesse o esclarecimento dos fatos, o que desencadeou um “processo com 50.508 páginas, 235 volumes, 600 testemunhas e 5 anos de investigações”.

No que se refere à delação premiada, dois réus receberam o perdão judicial por terem realizado o acordo:

O juiz Márcio Ferro Catapani, substituto da 2ª Vara Federal Criminal em São Paulo, reconheceu a existência do crime de lavagem de dinheiro contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional praticado pelos réus Lucio Bolonha Funaro e José Carlos Batista, mas deixou de aplicar as penas previstas em lei por eles terem colaborado com as investigações. Funaro é corretor de valores, dono da Guaranhuns Empreendimentos, que possui em sociedade com Batista. Os proprietários haviam sido acusados de usar a empresa no esquema de repassa de dinheiro do valerioduto a parlamentares do então Partido Liberal (PL à época, e atual PR). Eles não foram incluídos na ação penal que julgou 38 acusados no Supremo Tribunal Federal (STF), no ano passado - 25 haviam sido condenados (G1, 2013).

Ademais, o réu, Marcos Valério, almejando obter o beneplácito da delação premiada, tentou delatar o ex-presidente Lula, contudo, por ter escoado o prazo processual, teve a benesse indeferida, sendo condenado a 40 (quarenta) anos de prisão.

Sobre o assunto:

[...] A temperatura política se elevou ainda mais quando a revista *Veja* publicou uma entrevista de Marcos Valério. As declarações do publicitário deixaram o governo muito preocupado. Valério tinha dito que temia pela sua vida: “Vão me matar. Tenho que agradecer por estar vivo até hoje”. Afirmara ainda que o caixa do PT no mensalão havia sido de 350 milhões de reais, muito superior ao estimado pela PGR. E Lula teria, de acordo com ele, participado diretamente na arrecadação desse dinheiro. Empresários, depois de se reunir com o presidente, entregavam sua “contribuição”. O braço direito do esquema criminoso seria José Dirceu, mas o chefe era Lula: “Só não sobrou para o Lula, porque eu, o Delúbio e o Zé não falamos”, disse Valério, relatando que seu contato com o PT, após a revelação do escândalo, tinha sido Paulo Okamoto (VILLA, 2012, p. 290).

Cumprir destacar que no processo do “Mensalão” foram suscitadas algumas

indagações sobre o procedimento do instituto, oportunidade em que o STF se posicionou, de modo a ir ao encontro ao que preceitua atualmente a Lei n. 12.850/13, mais precisamente, em seus §§ 12 e 14 do art. 4º, no que tange à possibilidade do corréu colaborador ser ouvido como testemunha, senão vejamos:

AGRAVO REGIMENTAL. OITIVA DE CO-RÉU COMO TESTEMUNHA OU INFORMANTE. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO NÃO PROVIDO. O sistema processual brasileiro não admite a oitiva de co-réu na qualidade de testemunha ou, mesmo, de informante, como quer o agravante. Exceção aberta para o caso de co-réu colaborador ou delator, a chamada delação premiada, prevista na Lei 9.807/1999. A hipótese sob exame, todavia, não trata da inquirição de acusado colaborador da acusação ou delator do agravante, mas pura e simplesmente da oitiva de co-denunciado. Daí por que deve ser aplicada a regra geral da impossibilidade de o co-réu ser ouvido como testemunha ou, ainda, como informante. Agravo regimental não provido. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Rel: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 18 de junho de 2009).

Outrossim:

[...] De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como preveem os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos co-réus colaboradores nestes autos, na condição de informantes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Rel: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23 de outubro de 2008).

3.3.1.4 O caso da Operação Lava Jato

Assim, percebe-se que a delação premiada sempre esteve presente em investigações de grande repercussão e complexidade, mas ninguém poderia imaginar que algum caso poderia superar o “Mensalão”. Porém, após a entrada em vigor da Lei n. 12.850/13, em 19 de setembro de 2013, o maior caso de corrupção da história do País foi descoberto, em março de 2014: trata-se da “Operação Lava Jato”.

O caso investiga o grande esquema de lavagem de dinheiro, de formação de organização criminosa, de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, falsidade ideológica, envolvendo a Petrobras e as maiores empreiteiras do Brasil, tais como a Camargo Corrêa, Engevix, Galvão Engenharia, Iesa Óleo e Gás, Mendes Júnior, OAS, Odebrecht, Queiroz

Galvão e UTC.

Reunidas em cartel, essas grandes empresas celebravam contratos superfaturados para a realização de obras para a Petrobras, com o dolo de repassar o dinheiro para três partidos, financiando eleições: PT, PMDB e PP.

De acordo com as últimas notícias, o desvio é de aproximadamente R\$ 88,6 bilhões de reais, segundo Graça Foster (G1, 2015):

Cálculo apresentado durante a reunião do Conselho de Administração da Petrobras realizada na terça-feira (27) indicava a necessidade de uma baixa contábil de R\$ 88,6 bilhões nos ativos da companhia referentes às perdas com corrupção ligadas à operação Lava Jato. O número aparece em comunicado da presidente da estatal, Graça Foster.

O escândalo teve início em 17 de março de 2014, quando a Polícia Federal começou a Lava Jato para apurar o esquema de lavagem de dinheiro, suspeito de movimentar a quantia, a princípio, de R\$ 10 bilhões de reais. Recebeu esse nome “Lava Jato”, em razão do uso de uma rede de lavanderias e postos de combustíveis pela organização criminosa para movimentar valores de origem ilícita.

Alberto Youssef, doleiro, responsável por repassar as quantias, foi o primeiro a realizar acordo de colaboração premiada, prometendo a devolução aos cofres públicos do que foi desviado, em troca da redução da pena, que poderia chegar a 230 anos de prisão, mas foi reduzida para 5 anos. Além disso, sua progressão de regime vai direto para o aberto, se permanecer cumprindo com o acordo. Imperioso elucidar que as ações penais ainda estão tramitando na 13ª Vara Federal de Curitiba.

O segundo a celebrar acordo de colaboração premiada já homologado pelo Supremo Tribunal Federal foi Paulo Roberto Costa, ex-diretor de abastecimento da Petrobras (2004-2012) e que passou a estar na mira das investigações após ter ganhado carro de luxo de Alberto Youssef.

O acordo de Paulo Roberto Costa, homologado pelo STF, pode ser analisado detalhadamente no anexo deste trabalho. Em síntese, no negócio, estão presentes cláusulas que permitem o abrandamento do tipo de regime da pena do colaborador, bem como a sua substituição. Além disso, o Ministério Público Federal se compromete em ofertar aos parentes do colaborador proposta de “acordo de colaboração premiada acessória”, ficando este dependente da eficácia do principal. Ademais, o colaborador renunciará qualquer direito sobre os valores mantidos em contas bancárias e investimentos no exterior, em qualquer país; pagará, a título de indenização cível, o valor de R\$ 5.000.000,00 (cinco milhões de reais),

assim como entregará diversos bens, em troca da benesse, que somente será concedida, se a colaboração atingir os resultados previstos na cláusula 13.

Longe de analisar todos os acordos de colaboração premiada no caso da Lava Jato, tendo em vista que as investigações ainda não chegaram ao fim, quando da elaboração do presente trabalho - a Polícia Federal recebeu mais prazo para terminar a investigação - e novos acordos estão sendo constantemente celebrados, importante é apenas mencionar que Augusto Mendonça e Júlio Camargo (da Toyo Setal), Pedro Barusco (ex-gerente de engenharia da Petrobras), Luccas Pace Júnior (ex-funcionário da doleira Nela Kodama), Carlos Alberto Pereira da Costa (sócio de Alberto Youssef), Shinko Nakandakari (engenheiro civil), Dalton Avancini (presidente da Camargo Corrêa), Eduardo Hemelino Leite (vice-presidente da Camargo Corrêa) são os nomes dos atuais colaboradores na operação.

As empresas que realizaram acordos de leniência são: SOG Óleo e Gás, Setec Tecnologia, Project Projetos e Tecnologia, Tipuana Participações, PEM Engenharia e Engevix Group Representação e Consultoria.

Frisa-se que a questão da legitimidade do acordo de leniência e da colaboração premiada vem sendo motivo de muita discussão no recente caso da Lava Jato:

Para quem acompanha o dia-a-dia dos tribunais, as lacunas e sobreposições das leis estão fazendo juízes, procuradores e advogados baterem cabeça. O que tantas leis embaralharam, no fundo, é simples: quem dá a última palavra para fechar acordos? Essa dúvida não é uma firula jurídica. Há implicações bem concretas na Operação Lava Jato, por exemplo. De um lado, a presidente Dilma defende que as empresas sejam poupadas e apenas as pessoas envolvidas sejam punidas. A posição é sustentada por uma conjugação de interesses do governo: a punição às empresas representaria a paralisação de grandes obras públicas, essenciais para estimular a economia e a demissão de milhares de trabalhadores. “Na prática, as leis criaram um vespeiro na Lava Jato”, afirma Isabel, da KLA. “O governo quer, porque quer, que o processo seja baseado na Lei 12.846, para beneficiar as empresas com a leniência.” À distância, o mais sensato seria uma saída simples: empresas assinam acordos de leniência; pessoas físicas assinam acordos de delação premiada. Mas, como sempre, nada é tão prático. O governo tenta preservar as empresas e jogar tudo na conta dos indivíduos. Já os executivos não querem ser os únicos a pagar – já que atuavam pelas empresas. A grande contradição entre as leis é que as delações dos executivos podem gerar provas contra as empresas, que resistem a ser envolvidas. Por outro lado, um acordo de leniência das empresas pode gerar provas contra seus próprios executivos. A CGU, submetida ao Executivo, tenta assumir a liderança do processo, a fim de poupá-las. Já os procuradores resistem e defendem a punição a todos – empresas, empresários e executivos. Para o Ministério Público, a sensação é de que a Lava Jato é histórica e pode levar o Brasil a um novo nível, na gestão pública. Todos concordam, porém, que é preciso cumprir a lei. O problema é qual delas? (ISTOÉ, 2015).

Assim, entendeu-se por bem fazer somente uma breve exposição dos fatos até então divulgados na mídia.

3.3.1.5 A colaboração premiada nos tribunais brasileiros

Depois dessa exposição dos principais casos envolvendo o instituto da colaboração premiada, imperioso é destacar a pesquisa jurisprudencial realizada em alguns tribunais, oportunidade em que se foi verificada a forma como a benesse foi instituída e aceita. A partir da análise de alguns julgados, aufere-se que os tribunais, de maneira geral, possuem a tendência de não conceder o perdão judicial, mas sim, apenas, a causa de diminuição para o beneplácito.

No Supremo Tribunal Federal, dos 30 acórdãos que tratam da delação ou colaboração premiada, a maioria não concede o benefício sob a fundamentação de que essa análise “exige revolvimento de matéria probatória para fins de identificar o preciso grau de contribuições”, o que é inapropriado em sede de *Habeas Corpus*⁹. No STF, a maioria dos acórdãos envolvendo a benesse está relacionada ao tráfico ilícito de entorpecentes, mas, também, foi mencionada em casos de extradição e formação de organização criminosa, entre outros crimes.

Ademais, existiram recursos no sentido de que houve imparcialidade do julgador, porquanto este teria atuado em fase pré-processual quando da análise da delação premiada, todavia, esses recursos foram desprovidos¹⁰. Também o STF acordou favoravelmente ao reconhecimento do benefício e exigiu a adequação da reprimenda, salientando que o Estado estaria agindo de maneira desleal ao não conceder a benesse¹¹. Há, ainda, acórdãos no sentido de reconhecer a proteção ao colaborador¹².

Contata-se que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul tem se mostrado um dos Estados mais favoráveis a concessão do benefício, inclusive quanto à substituição da pena privativa de liberdade em pena restritiva de direitos:

TRÁFICO DE ENTORPECENTE. CRIME E AUTORIA COMPROVADOS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PENA. SUBSTITUIÇÃO DA PENA. BENEFÍCIOS POSSIBILIDADE. I - Como destacou o Julgador, condenando o recorrente: "A autoria do tráfico de drogas é certa, admitida pelo réu, confirmada pelas testemunhas ouvidas e não contestada pela defesa técnica, a qual postulou o reconhecimento do perdão judicial pelo instituto da delação premiada." II - Esta Câmara, acompanhando

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 117946 do Tribunal de Justiça do Paraná. Brasília, DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03 de dezembro de 2013.

¹⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97553 do Tribunal de Justiça do Paraná. Brasília, DF, Rel: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16 de junho de 2010.

¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 99736 do Superior Tribunal de Justiça, Brasília, DF, Rel: Min. Ayres Britto, Primeira Turma, julgado em 27 de abril de 2010.

¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 90321 de São Paulo. Brasília, DF, Rel: Mina. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02 de setembro de 2008.

o movimento jurisprudencial atual, tem aceitado a substituição da pena privativa de liberdade por restritivas de direitos. Na hipótese, as circunstâncias judiciais e pessoais do apelante lhe são favoráveis e sua pena ficou em patamar pequeno. Assim, não se vê nenhum obstáculo, a não ser a presunção, forte mas por ora desprovida de alguma base, que o condenado, porque, envolvido com o tráfico e em razão da forte atração que tal comércio tem, não irá cumprir uma pena alternativa, voltando ao cometimento de delito. Portanto, beneficia-lhe com a substituição da pena por duas restritivas de direitos. DECISÃO: Apelo defensivo parcialmente provido. Unânime. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70063104749 da Primeira Câmara Criminal, Rel: Sylvio Baptista Neto, julgado em 11 de março de 2015. Grifo nosso).

Apesar da maior tendência do Tribunal supracitado em realizar tais concessões, existem julgados em que não se reconhece a aplicação do perdão judicial previsto no art. 13 da Lei n. 9.807/99 (Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas), quando se tratar de crime de tráfico de drogas, pois o entendimento é o de que deve ocorrer a incidência do art. 41 da Lei n. 11.343/06, aplicando-se o critério da especificidade, ainda que a outra lei seja mais benéfica¹³, senão vejamos:

APELAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA. TRÁFICO DE DROGAS (LEI Nº 11.343/2006). MATERIALIDADE E AUTORIA COMPROVADAS. CONJUNTO PROBATÓRIO IDÔNEO E SUFICIENTE AO ÉDITO CONDENATÓRIO. AUTORIA E MATERIALIDADE. DA PRELIMINAR DE DECRETO DE PERDÃO DIANTE DA DELAÇÃO PREMIADA (ART. 13 DA LEI 9.807/99). DESCABIMENTO. Descabível a pretensão, vez que se tratando de delito de drogas, incide a Lei 11.343/06, que, em seu artigo 41, prevê, expressamente, no caso de colaboração voluntária para a investigação policial ou o processo criminal, nas hipóteses ali referidas, a redução da pena, a qual já foi aplicada em sede de sentença monocrática. O conteúdo desse dispositivo legal prevalece, como lei especial, sobre o que prevê a norma geral estatuída no artigo 13 da Lei 9.807/99. Tenho, ainda, que, no caso, não ocorreu a mencionada colaboração voluntária, mas, ausente recurso da acusação, vai mantida a redução da pena nesse tópico. (BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 7005478215 da Segunda Câmara Criminal, Rel: Lizete Andreis Sebben, julgado em 30 de abril de 2015. Grifo nosso).

Já o Tribunal de Justiça de Santa Catarina tem um perfil mais rigoroso na concessão dos benefícios, mas reconhece a polêmica quanto à aplicação da Lei de Proteção às Vítimas e às Testemunhas em face da Lei de Drogas:

APELAÇÃO CRIMINAL. CRIME DE TRÁFICO DE DROGAS. SENTENÇA CONDENATÓRIA. RECURSO DO ACUSADO. PRETENDIDA A CONCESSÃO DO INSTITUTO DA DELAÇÃO PREMIADA. INTELIGÊNCIA DO ART. 41 DA LEI 11.343/06. CABIMENTO. ACUSADO QUE, ALÉM DE ASSUMIR A AUTORIA DO CRIME EM AMBAS AS ETAPAS PROCESSUAIS,

¹³ Sobre a polêmica aventada, é possível auferir que a impossibilidade de incidência do benefício do perdão judicial, nos crimes relacionados ao tráfico de drogas, gera ausência de isonomia razoável com outros crimes mais graves, como estupro, por exemplo, o qual estaria abrangido pela lei geral (Lei n. 9.807/99).

COLABOROU NA IDENTIFICAÇÃO DE UM DOS CO-AUTORES DA PRÁTICA DELITIVA. MINORANTE DEFERIDA EM PATAMAR MÍNIMO (1/3). CONTRIBUIÇÃO QUE, DENTRO DE SUAS POSSIBILIDADES, FOI POUCO EFETIVA NO RECONHECIMENTO DO OUTRO ENVOLVIDO NO ESQUEMA CRIMINOSO. NOVO QUANTUM SANCIONATÓRIO ESTABELECIDO. PERDÃO JUDICIAL INCABÍVEL NA ESPÉCIE. INTELIGÊNCIA DO ART. 13 DA LEI 9.807/99. AUSÊNCIA DE MOTIVOS SUFICIENTES AO DEFERIMENTO DA CLEMÊNCIA MÁXIMA. APLICABILIDADE DISCUTÍVEL QUANTO À LEI ANTIDROGAS E DEFERIDA APENAS EM SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO EM PARTE. (BRASIL. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2015.020177-0 de Itajaí, Rel: Sérgio Rizelo, julgado em 26 de maio de 2015. Grifo nosso).

Portanto, percebe-se ainda que existem questões controvertidas na jurisprudência, que merecem ser debatidas, a fim de se solucionar e esclarecer a questão da hermenêutica da sucessão das leis relacionadas à colaboração premiada. Denota-se, porém, um comportamento homogêneo dos tribunais ao conceder o benefício, evitando o perdão judicial para aplicar a redução ou substituição da pena.

Por fim, importante foi a exposição dos principais casos em que o instituto fez-se presente, porquanto é possível traçar uma linha de racionalização empírica dos pressupostos e das necessidades do instituto.

3.3.2 A eficácia do instituto da colaboração premiada no Brasil

Apesar do emaranhado de leis, conflitos interpretativos e polêmicas suscitadas pela doutrina a respeito da colaboração premiada, fato é que o legislador legitimou sua utilização no ordenamento jurídico brasileiro, reconhecendo a sua eficácia no plano prático. Conforme exposto, os crimes mais complexos contra a Administração Pública e contra o Sistema Financeiro Nacional, envolvendo lavagens de dinheiro, corrupção e de “colarinho branco”, praticados por organizações altamente especializadas, foram descobertos com o auxílio do acordo de colaboração premiada, tornando evidente a sua utilidade, quase sempre muito questionada.

É cediço que a legislação brasileira deixava a desejar quando o assunto envolvia a implementação de barreiras que impedissem a perpetuação de crimes, como os de corrupção, que tendem a continuar, enquanto existirem recursos para tanto. Além disso, é importante destacar, desde logo, que só será favorável ao instituto da colaboração premiada, conforme previsto na Lei n. 12.850/13, quem enaltecer o pragmatismo, muitas vezes criticado por incentivar uma “informalização da eficiência”, valendo-se do termo empregado por Lopes Jr.

e Moraes da Rosa (CONJUR, 2014).

Longe de lançar mão de qualquer ilegalidade para se obter uma persecução penal contaminada por arbitrariedades em prol do “combate” ao crime, a Lei n. 12.850/13 vem no sentido de melhorar os meios de investigação do aparato estatal, justamente, para que se imponham limites na atuação do Estado.

A colaboração premiada sempre marcou presença nos maiores casos criminais desvendados até agora. Por óbvio que os procedimentos normativos inerentes a ela ainda precisam ser aperfeiçoados para que se maximize a sua eficiência, não no sentido de “combater” o crime e prender criminosos a todo custo, mas para se amoldar a função teleológica do processo penal democrático, qual seja: impor limites ao poder punitivo estatal.

Com isso em mente, é possível despir-se de preconceitos e enxergar a colaboração do agente e o seu procedimento sob outro prisma. Assim, Moro (2004, p. 59) sempre foi coerente em seu posicionamento, no que se refere à colaboração premiada. Há 11 anos esse autor já asseverava, em um artigo sobre a “Operação de Mãos Limpas”, na Itália, que “não há motivo para o investigado confessar e tentar obter algum prêmio em decorrência disso, se há poucas perspectivas de que será submetido no presente ou no futuro próximo, caso não confesse, a uma ação judicial eficaz”. A efetividade de uma investigação não depende da supressão de garantias fundamentais. É possível agir dentro dos limites da legalidade e mesmo assim obter resultados positivos, como os enumerados no subitem anterior.

É impossível negar que a ineficiência na Justiça Criminal promove a necessidade de “muletas jurídicas” para que o Estado consiga investigar e prevenir crimes complexos. Apesar de o Estado ter a obrigação de agir ativamente como garantidor da segurança pública, investindo em recursos e implementando meios de proteção, não é o que ocorre na atual realidade do país. Por óbvio, é compreensível a crítica de que o Estado não deveria depender da atitude de terceiros colaboradores para conseguir cumprir com a sua função, todavia, por enquanto, faz-se necessária essa legitimação, diante de casos mais complexos e excepcionais. Não se almeja passar por cima de discussões a respeito da constitucionalidade da medida, em prol do pragmatismo, motivo pelo qual serão abordados os principais argumentos contra e a favor do instituto no próximo capítulo.

4 QUESTIONAMENTOS ACERCA DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA EM FACE DO CRIME ORGANIZADO E SUGESTÕES DE AJUSTES

4.1 CONSIDERAÇÕES INICIAIS

A questão central do presente capítulo consiste na análise das discussões acerca dos aspectos constitucionais da colaboração premiada na prevenção e repressão do crime organizado.

Para tanto, serão apresentadas, em uma primeira oportunidade, as linhas críticas de alguns dos principais argumentos contrários à constitucionalidade do instituto: as discussões sobre a lesão à titularidade do Ministério Público na ação penal, a lesão ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública - abrangendo o princípio da indisponibilidade e indivisibilidade da ação penal -, a lesão ao devido processo legal substancial, incluindo-se, neste último, o princípio da ampla defesa e do contraditório, o direito ao silêncio, o princípio do tratamento isonômico entre acusados e o princípio do juiz natural.

Em um segundo momento, serão apresentados os argumentos favoráveis à constitucionalidade, a partir da análise do critério da proporcionalidade de Robert Alexy, da individualização da pena, bem como dos deveres estatais de proteção e das emergências investigativas.

Por fim, será destacado o caráter preventivo das penas.

Por meio da análise das diretrizes supracitadas, percebe-se o quão amplo é o debate a respeito da (in)constitucionalidade do instituto da colaboração premiada no ordenamento brasileiro, ainda mais com as polêmicas aventadas na recente “Operação Lava Jato”, de forma que se buscou abarcar os principais argumentos desfavoráveis, sem olvidar o razoável equilíbrio entre as ponderações críticas de ambas perspectivas.

4.2 ARGUMENTOS CONTRÁRIOS À CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

4.2.1 Lesão à titularidade do Ministério Público em relação à ação penal pública incondicionada

O Brasil tem sido palco de disputas institucionais há algum tempo, podendo-se

citar, a título de exemplo ilustrativo, a rejeição da famosa PEC 37¹⁴ pelo Congresso Nacional, a qual foi amplamente debatida nos cartazes das manifestações populares. Esse contexto veio a influenciar a relação das competências entre o Ministério Público e a autoridade policial. A Lei n. 12.850/13 é um dos resultados dessas discussões, por vezes, corporativistas. É louvável a tentativa de aproximação dessas duas agremiações por parte da legislação, tendo em vista que ambos são responsáveis pelo deslinde da persecução penal. Porém, algumas considerações devem ser apontadas.

Uma vertente da doutrina - de autoria de Ana Luiza Ferro, Flávio Cardoso Pereira e Gustavo dos Reis Gazzola - questiona se as disposições expressas no art. 4º, §§ 2º e 6º e do art. 6º, inciso II, da Nova Lei do Crime Organizado¹⁵ estariam limitando a legitimidade de propor a colaboração premiada do delegado de polícia à fase administrativa da persecução penal, enquanto que ao Ministério Público se faculta, também, a persecução em juízo e que não haveria amparo constitucional para a dupla legitimação.

Em outras palavras, a nova lei estaria permitindo à polícia atuação na condição de parte e, conseqüentemente, conferindo capacidade postulatória a quem não a detém, o que contradiz as disposições constitucionais, no que se refere às limitações dos poderes atribuídos ao Ministério Público e à autoridade policial. Acrescenta-se também, a relativização, ainda, na fase administrativa, do princípio da obrigatoriedade, uma vez que a colaboração premiada estaria retirando do Ministério Público e atribuindo ao delegado a decisão para a proposição do acordo.

Em sentido contrário, há o posicionamento de Eduardo Luiz Santos Cabette, o qual assevera ser a disposição prevista na nova lei, apenas, uma “impropriedade terminológica”, e não inconstitucional:

Indaga ainda Pacelli se o Delegado de Polícia poderia fechar o acordo, mesmo ante a discordância do Ministério Público. Novamente a resposta evidente: se o Juiz

¹⁴ A PEC 37 retirava o poder de investigação do Ministério Público, ao almejar acrescentar um parágrafo único ao art. 144 da Constituição Federal que trata das atribuições da autoridade policial. Para maiores esclarecimentos do que foi o debate a respeito desse projeto de lei:

<<http://www.opovo.com.br/app/politica/2013/06/24/noticiaspoliticas,3079943/saiba-o-que-e-a-pec-37.shtml> >
Acessado em 3 de agosto de 2015.

¹⁵ Art. 4º, § 2º: Considerando a relevância da colaboração prestada, o Ministério Público, a qualquer tempo, e o delegado de polícia, nos autos do inquérito policial, com a manifestação do Ministério Público, poderão requerer ou representar ao juiz pela concessão de perdão judicial ao colaborador, ainda que esse benefício não tenha sido previsto na proposta inicial, aplicando-se, no que couber, o art. 28 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 (Código de Processo Penal). [...] § 6º: O juiz não participará das negociações realizadas entre as partes para a formalização do acordo de colaboração, que ocorrerá entre o delegado de polícia, o investigado e o defensor, com a manifestação do Ministério Público, ou, conforme o caso, entre o Ministério Público e o investigado ou acusado e seu defensor. [...] Art. 6º: O termo de acordo da colaboração premiada deverá ser feito por escrito e conter: [...] II - as condições da proposta do Ministério Público ou do delegado de polícia;

homologar o acordo sim. Mas, aqui se impõe uma advertência. Aí sim cabe uma pergunta pertinente: Deve o Juiz homologar um acordo do Delegado não corroborado pelo parecer Ministerial? A resposta é não. Mas, viria o autor e indagaria: E se isso acontecer? Já foi respondido: medidas pertinentes, recurso ou ações de impugnação. Fato é que o acordo de colaboração premiada não deve ser homologado pelo Juiz sem a concordância do Ministério Público. Por uma razão simples. Ele, como titular da ação penal, futuramente, não irá considerar o acordo feito, o que o torna, no mínimo, inútil. Inclusive, o próprio colaborador, juntamente com seu advogado, certamente desistiria de um acordo sabendo que o Ministério Público o refuta (CABETTE, 2013).

Discorda-se do posicionamento supracitado, pois é cediço que a nossa Constituição estabelece que o único titular da ação penal pública é o Ministério Público (artigo 129, inciso I, da Constituição Federal de 1988). Assim, por mais que as autoridades policiais detenham a possibilidade de representar ao juízo criminal - com o fim de conseguir provimentos que assegurem a investigação, tais como: escutas telefônicas, buscas e apreensões, etc. -, ainda é o Ministério Público quem possui a iniciativa de oferecimento da denúncia ou de requerer o arquivamento do inquérito, realizando a análise das condições da ação, principalmente, por meio de um juízo de valor jurídico-penal dos fatos; isso faz parte do exercício regular da sua legitimidade ativa na persecução penal, por conseguinte, acompanha-se a vertente de Eugênio Pacelli. Ademais, faz-se necessário evitar a interposição de recursos, gerando insegurança ao colaborador e maior morosidade ao processo.

Não é o caso de se considerar alguma instituição superior à outra, mas cada uma com a sua importância e competência específica estabelecida na Constituição¹⁶. A nova legislação gera problemas práticos, senão vejamos: apesar de não ter tal titularidade, o delegado de polícia propõe o instituto da colaboração ao indivíduo e este concorda em expor informações, apesar da não anuência do Ministério Público; a não homologação do acordo realizado, levando em conta a literalidade da lei, não seria possível, diante do preenchimento dos requisitos objetivos previstos na Lei n. 12.850/2013, gerando conflito com a atual Constituição.

Outra questão é trazida ao debate: a que se refere à não anuência do Ministério Público: o artigo 4º, § 2º, da lei em comento, dispõe sobre a utilização, “no que couber”, do artigo 28 do Código de Processo Penal¹⁷, ou seja, não restou esclarecido se deve haver a remessa dos autos para o Procurador-Geral de Justiça, em caso de a autoridade policial optar

¹⁶ A função predominantemente investigatória da polícia pode ser auferida no art. 144, § 1º e § 4º da Constituição.

¹⁷ “Se o órgão do Ministério Público, ao invés de apresentar a denúncia, requerer o arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação, o juiz, no caso de considerar improcedentes as razões invocadas, fará remessa do inquérito ou peças de informação ao procurador-geral, e este oferecerá a denúncia, designará outro órgão do Ministério Público para oferecê-la, ou insistirá no pedido de arquivamento, ao qual só então estará o juiz obrigado a atender.”

pelo acordo e o promotor não o aceitar. De qualquer forma, essa não é a melhor saída, tendo em vista que seria instaurar mais um conflito de atribuições morosas e a inconstitucionalidade persistiria.

Se o sistema processual penal brasileiro não admite que a autoridade policial faça o arquivamento do inquérito, é para evitar arbitrariedades da instituição, sendo responsabilidade do Ministério Público realizar o acompanhamento das investigações como fiscal da lei. Eis um dos fundamentos que ampara o regular exercício do Estado Democrático de Direito.

Imperioso ainda registrar, que segundo Pacelli (2014, p. 854):

- a) o acordo de colaboração premiada tem inegável natureza processual, a ser homologado por decisão judicial, que somente tem lugar a partir da manifestação daqueles que tenham legitimidade ativa para o processo judicial;
- b) o fato de poder ser realizado antes do processo propriamente dito, isto é, antes do oferecimento da acusação, não descaracteriza sua natureza processual, na medida em que a decisão judicial sobre o acordo está vinculada e também vincula a sentença definitiva, quando condenatória [...]¹⁸.

Portanto, nos termos da atual legislação, não nos parece aceitável que a autoridade policial possa oferecer o acordo sem a anuência do Ministério Público, devendo-se evitar que o juiz tenha a discricionariedade para aceitar esta hipótese. Assim, levando-se em conta que a eficácia do acordo para o colaborador está nas mãos do *Parquet*, o qual é o único detentor da legitimidade ativa na ação penal pública incondicionada, não há motivo para cobrir com um biombo a inconstitucionalidade que restou disposta na Lei n. 12.850/13.

4.2.2 Lesão ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública

Outra indagação importante acerca das limitações constitucionais do instituto da colaboração premiada está relacionada com a ocorrência ou não da mitigação indevida do princípio da obrigatoriedade da ação penal, sendo esse princípio atrelado diretamente aos princípios da indisponibilidade, inderrogabilidade e legalidade.

Apesar da similitude com a transação penal, esta encontra respaldo no artigo 98, inciso I, da Constituição Federal de 1988, e limita-se a infrações de menor potencial ofensivo¹⁹. Na nova Lei do Crime Organizado, porém, aplica-se a benesse do perdão judicial,

¹⁸ No que concerne a decisão estar “vinculada”, conforme a expressão utilizada pelo autor, entendemos que a decisão judicial está atrelada à análise dos requisitos objetivos a serem cumpridos no acordo; apenas, se preenchidos, o juiz deverá conceder o benefício, é nesse sentido que haveria uma certa vinculação.

¹⁹ Infrações de menor potencial ofensivo são as contravenções penais e os crimes em que a pena máxima abstrata

com o consequente arquivamento dos autos, em relação aos crimes de gravidade superlativa, o que representa um mecanismo para se evitar que houvesse a instauração do processo, em face do perdão judicial.

Nota-se uma avaliação do interesse de agir em seu aspecto de utilidade, mas se questiona até que ponto a mitigação do princípio da obrigatoriedade é constitucional em relação aos crimes de ação pública incondicionada e de elevada gravidade.

Sobre o princípio da obrigatoriedade da ação penal, também referido como princípio da legalidade, leciona o doutrinador Tourinho Filho (2012, p. 165 – 166):

No que toca à obrigatoriedade, o próprio art. 24, sob comentário, diz que, nos crimes de ação penal pública, esta será iniciada por denúncia do Ministério Público. A forma imperativa “será iniciada” demonstra, de logo, sua obrigatoriedade e legalidade, tanto mais quanto, para o Ministério Público deixar de promovê-la, deve invocar “razões”, como se observa no art. 28. Há países em que se permite ao Ministério Público o poder de julgar da conveniência quanto à propositura da ação penal. Na Alemanha, em certas infrações leves, ou quando as consequências forem insignificantes, o Órgão do Ministério Público pode abster-se, nos termos do § 153a do StPO. Assim também na França, consoante dispõe o art. 40 do Code de Procédure Pénale: [...] O Ministério Público recebe as representações e as denúncias (peças de informação) e dá-lhes o destino que quiser – tradução livre. E quando se abstém de levar o fato ao conhecimento do Juiz, fala-se em classement sans suite (arquivamento sem ação judicial). Trata-se, aí, do princípio da oportunidade, diferente do princípio da legalidade. Hoje, contudo, o princípio da legalidade, entre nós foi amenizado com o instituto da transação, de que trata o art. 76 da Lei n. 9.099/95. No princípio da legalidade, o Ministério Público não pode julgar da conveniência, ou não, da propositura da ação penal; no da oportunidade, sim. Nos dias de hoje, a Política Criminal de todo o mundo está voltada para o desafio da pequena criminalidade. As soluções têm sido diversas: descriminalização pura e simples de certas condutas de quase nenhum potencial ofensivo, convolação de determinados crimes e contravenções, dispensa de pena, penas alternativas, etc. O § 42 do Código Penal austríaco cuida da “falta de dignidade penal da infração”; o art. 98, I, da nossa Constituição autorizou a ‘transação’ em infrações de pouca monta, e a Lei n. 9.099/95 bem como a de n. 10.259/2001 disciplinaram a matéria; na Polônia, de há muito existe o arquivamento condicionado das investigações, quando há reduzido grau de periculosidade social do fato; na Alemanha existe, também, o arquivamento em relação a certas regras de conduta; na Holanda, é possível a transação entre indiciado e Polícia. Por isso mesmo, com os olhos voltados para o número estonteante de inquéritos pertinentes a infrações de menor potencial ofensivo, os nossos legisladores constituintes, embora não quisessem adotar o princípio da oportunidade, por entendê-lo antiético, limitaram-se a mitigá-lo, adotando a transação na presença de todos os sujeitos processuais principais: Juiz, acusador, e acusado. Salvante essas infrações de pouca monta, o princípio da legalidade ou obrigatoriedade da ação penal pública incondicionada é adotada em toda a sua pureza.

Assim, estaria a colaboração premiada inserindo no ordenamento jurídico brasileiro o princípio da oportunidade no exercício da ação penal pública incondicionada, ferindo, expressamente, a Constituição, ou, apenas, impondo mais uma limitação ao princípio

da obrigatoriedade da ação penal?

Segundo Ferrajoli (2000, p. 568-560):

Se entende que esta discricionariedade e disponibilidade – que nos Estados Unidos se manifestam sobretudo na negociação, entre o promotor de justiça e o imputado (*plea bargaining*), da declaração de culpabilidade (*guilty plea*) para mudança de uma redução da gravidade da acusação ou de outros benefícios penais – representam uma fonte inesgotável de arbitrariedades: arbitrariedades por omissão, uma vez que não cabe nenhum controle eficaz sobre os favoritismos que possam sugerir a inércia ou o caráter incompleto da acusação; arbitrariedades por ação, ao resultar inevitável, como ensina a experiência, que o *plea bargaining* se converta na regra e o juízo em uma exceção, preferindo muitos imputados inocentes declararem-se culpados antes que se submetam às custas e riscos do juízo²⁰.

Já discorreremos sobre o instituto típico dos Estados Unidos, porém, cumpre ressaltar que a colaboração premiada é uma importação desajeitada do instituto do *plea bargaining*, em razão da existência de várias de suas modalidades e de esta pertencer a um sistema diferente do *Civil Law*. Além disso, a colaboração possui influências de outros países alhures citados; todavia, certamente, é possível verificar semelhanças e dizer que a colaboração premiada é um tipo de justiça negociada.

Cumpramos frisar o posicionamento de Lopes Jr. (2012, p. 295-296) sobre o sistema da justiça negociada:

[...] a justiça consensuada representa importante violação à garantia da inderrogabilidade do juízo. A lógica do “*plea bargaining*” conduz a um afastamento do Estado-Juiz das relações sociais, não atuando mais como interventor necessário, mas apenas assistindo de camarote ao conflito. A “*negociation*” viola desde logo esse pressuposto fundamental, pois a violência repressiva da pena não passa mais pelo controle jurisdicional e tampouco se submete aos limites da legalidade, senão que está nas mãos do Ministério Público e submetida a sua discricionariedade.

Não se pode invocar somente a utilidade para que se fundamente o arquivamento do processo, sob pena de supressão de direitos fundamentais. Para isso não ocorrer, diversas ponderações acerca dos limites constitucionais devem ser feitas:

A nova lei não esclareceu o que irá ocorrer com aquele indivíduo que sequer não foi denunciado, apenas menciona a homologação do acordo, porém, não dispõe, se será

²⁰ Tradução realizada por mim a partir do seguinte trecho: “Se entiende que esta discrecionalidad y disponibilidad - que en los Estados Unidos se manifiestan sobre todo en la negociación entre acusador público e imputado (*plea bargaining*) de la declaración de culpabilidad (*guilty plea*) a cambio de una reducción de la gravedad de la acusación o de otros beneficios penales - representan una fuente inagotable de arbitrariedades: arbitrariedades por omisión, ya que no cabe ningún control eficaz sobre los favoritismos que puedan sugerir la inercia o el carácter incompleto de la acusación; arbitrariedades por acción, al resultar inevitable, como enseña la experiencia, que el *plea bargaining* se convierta en la regla y el juicio en una excepción, prefiriendo muchos imputados inocentes declararse culpables antes que someterse a los costes y riesgos del juicio”.

extinta a punibilidade do colaborador. Assim, o juiz, ainda na fase pré-processual, deve determinar o arquivamento do inquérito policial e que seja extinta a punibilidade do colaborador, para a garantia de que este não ficará à mercê da discricionariedade do Ministério Público, respeitando, destarte, o devido processo legal substancial, tornando constitucional a relativização do princípio da obrigatoriedade da ação penal.

Não se pode olvidar que o representante do Ministério Público pode estar destituído do “véu da ignorância”, utilizando o termo de John Rawls, de modo que a possibilidade de não oferecer a denúncia, sem qualquer controle estatal, fornece meios de discricionariedade por parte do promotor. Cumpre ressaltar o apontamento de Calamandrei (*apud* BITTAR, 2011, p. 205), segundo o qual “o processo pode ser transformado em um autêntico ‘jogo’ entre as partes, neste caso, completamente desequilibrado e, pior, sem a possibilidade de controle, por parte daquele que julga”.

Ademais, vinculado a este debate, concernente ao princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, ocorre a discussão sobre o instituto da colaboração premiada implicar, outrossim, lesão ao princípio da indisponibilidade, em face da indivisibilidade da ação penal, uma vez que esta deverá abranger todos os que, em tese, tenham praticado um ilícito penal.

A jurisprudência brasileira entende que somente a ação penal privada é indivisível, com a finalidade de evitar-se a utilização da ação como instrumento de vingança por parte dos particulares, que ofereceriam queixa-crime somente contra alguns dos agentes responsáveis pela infração. Contudo, o dispositivo em comento permite que o colaborador não seja incluído no polo passivo da ação penal pública, sendo transformado em uma testemunha desconhecida.

É cediço que o princípio da indisponibilidade determina que o Ministério Público, uma vez ingressado com o processo, não tem a faculdade de desistir da ação penal ou do recurso interposto (artigos 42 e 576 do Código de Processo Penal). É importante esclarecer, porém, que a hipótese da utilização da colaboração premiada em nada agride este princípio, porque isso não impede que o Ministério Público possa pedir absolvição. A função do *parquet* não é almejar a condenação a qualquer preço, mas a cumprir a estrita legalidade.

Nesse sentido, também, é o entendimento de Lopes Jr. (2012, p. 64):

Então, quando o MP pede a absolvição, não o faz por “imparcialidade” e tampouco por dispor da ação penal, senão que, como agente público, está obrigado à estrita observância dos princípios da objetividade, impessoalidade e, principalmente, legalidade. Logo, é absolutamente ilegal acusar alguém, ou pedir a condenação no final do processo, quando não existe justa causa, punibilidade concreta ou prova suficiente de autoria e materialidade.

Portanto, o Ministério Público estaria cumprindo a estrita legalidade e o seu encargo de não pedir a condenação a qualquer custo, além de garantir a integridade física do colaborador, já que o anonimato seria facilitado. Assim, por meio desta vertente, existiria coerência para a mitigação do princípio da obrigatoriedade da ação penal pública; porém, para que a lei em comento seja aplicável, respeitando as garantias fundamentais do indivíduo, faz-se necessária uma especificação procedimental; caso contrário, o não oferecimento da denúncia pode ser utilizado de maneira arbitrária, ao arrepio das diretrizes constitucionais e sem qualquer controle judicial.

4.2.3 Lesão ao devido processo legal substancial

É cediço que o princípio do devido processo legal é um princípio-base, o qual aponta as diretrizes de todas as demais normas a serem observadas no processo, bem como apresenta duas espécies: o devido processo legal formal, em que o principal destinatário seria o magistrado, e o devido processo legal substancial, que se dirige mais ao legislador diante da aplicação, não apenas no âmbito do processo judicial, mas em qualquer produção normativa.

Silva (2012, p. 321-432) leciona sobre o devido processo legal sem a distinção desses dois aspectos:

Combinado com o direito de acesso à Justiça (art. 5º, XXXV) e o contraditório e a plenitude de defesa (art. 5º, LV), fecha-se o ciclo das garantias processuais. Garante-se o processo, e “quando se fala em ‘processo’, e não em simples procedimento, alude-se, sem dúvida, a formas instrumentais adequadas, a fim de que a prestação jurisdicional, quando entregue pelo Estado, dê a cada um o que é seu, segundo os imperativos da ordem jurídica.

Rosa (2013, p. 64), no entanto, em síntese, diz que a cláusula do devido processo legal é muitas vezes analisada apenas como um mero procedimento (aspecto formal), mas que, na verdade, trata-se da ampliação das tutelas da vida, propriedade e liberdade observadas a partir do garantismo, ou seja, do devido processo legal substancial, lecionando que:

[...] para operacionalizar o devido processo legal substancial se recorre ao princípio da proporcionalidade (razoabilidade), o qual deve sempre ser aquilatado em face da ampliação das esferas individuais da vida, propriedade e liberdade, ou seja, não se pode invocar a proporcionalidade contra o sujeito em nome do coletivo das intervenções desnecessárias e ou excessivas.

Consoante Rosa (2013, p. 57), é irrelevante o dilema que versa sobre qual modelo (acusatório *versus* inquisitório) é o vigente no ordenamento brasileiro, em virtude do fato de

“[...] inexistir um sistema puro. Daí que se fala equivocadamente em sistemas mistos [...]”, destarte, haveria uma dupla legalidade questionável.

Em síntese, o que o autor propõe é que há, sim, características imbricadas em ambos os sistemas, acusatório e inquisitório, por conseguinte, o que se deve buscar é uma “diretriz global” e, para tanto, faz-se necessário analisar a pertinência formal e substancial no processo democrático advindo das conquistas históricas, principalmente, com o devido processo legal substancial.

Sobre a diretriz global presente no ordenamento jurídico brasileiro, leva-se em consideração a opinião de Lopes Jr. (2012, p. 28-29), segundo a qual

Inicialmente, não prevê nossa Constituição – expressamente – a garantia de um processo penal orientado pelo sistema acusatório. Contudo, nenhuma dúvida temos da sua consagração, que não decorre da “lei”, mas da interpretação sistemática da Constituição. Para tanto, basta considerar que o projeto democrático constitucional impõe uma valorização do homem e do valor dignidade da pessoa humana, pressupostos básicos do sistema acusatório. Recorde-se que a transição do sistema inquisitório para o acusatório é, antes de tudo, uma transição de um sistema político autoritário para o modelo democrático. Logo, democracia e sistema acusatório compartilham uma mesma base epistemológica. Para além disso, possui ainda nossa Constituição uma série de regras que desenha um modelo acusatório, como por exemplo: titularidade exclusiva da ação penal pública por parte do Ministério Público (art. 129, I); contraditório e ampla defesa (art. 5º, LV); devido processo legal (art. 5º, LIV); presunção de inocência (art. 5º, LVII); exigência de publicidade e fundamentação das decisões judiciais (art. 93, IX). Essas são algumas regras inerentes ao sistema acusatório, praticamente inconciliáveis com o inquisitório, que dão os contornos do modelo (acusatório) constitucional. Compreende-se assim que o modelo constitucional é acusatório, em contraste com o CPP, que é nitidamente inquisitório.

Sobre a colaboração premiada, vários exemplos, já abordados no presente trabalho, demonstram, à luz do utilitarismo, a inviabilidade de se abolir o instituto no ordenamento. Contudo, essa necessidade do Estado não pode justificar a supressão de direitos fundamentais e princípios constitucionais, tais como: a garantia da ampla defesa e do contraditório, o direito à não autoincriminação e a presunção de inocência, o tratamento isonômico entre acusados e o princípio do juiz natural, sendo esses princípios decorrência lógica do devido processo legal e que serão abordados a seguir.

4.2.3.1 A lesão à garantia da ampla defesa e contraditório

A Constituição menciona o devido processo legal, que possibilita, entre outros, a defesa efetiva, razão pela qual é importante analisar a dificuldade existente entre a gestão da prova e o desenvolvimento da cognição do juízo decisório.

Ferrajoli (2010, p. 127) menciona “a justificação da indução como dedução mascarada”, ao descrever o momento do magistrado de formar a decisão no processo penal:

Seja que se trate de provas ou indícios, a verdade das conclusões que podem ser induzidas de umas e outros é apenas uma *verdade provável*, sendo sempre possível que a conclusão de uma indução seja falsa, ainda que sejam verdadeiros os enunciados nas premissas (FERRAJOLI, 2010, p. 127-128).

Na persecução penal, premissas presumidas como verdadeiras não encontram amparo constitucional, razão pela qual a confissão ou as declarações não são provas perfeitas ou plenas, fazendo-se necessária a garantia da ampla defesa e do contraditório, para que não ocorra um “salto lógico na ilação”, expressão utilizada por Ferrajoli (2010, p. 129), ou seja, o magistrado forma sua convicção antes mesmo de ponderar todos os elementos probatórios.

No desenrolar da “Operação Lava Jato”, várias críticas foram trazidas sobre a garantia da ampla defesa e do contraditório, no que se refere à gestão dos depoimentos colhidos, senão vejamos:

Nucci (2015) se manifesta no sentido de que ocorre uma lacuna quanto ao sigilo do acordo de colaboração na fase de investigação²¹, em síntese, a lei fala que o juiz pode decretar o sigilo (art. 23 da Lei n. 12.850/2013), mas vindo este a não fazê-lo, pressupõe-se que as partes podem ter acesso; no que se refere à fase judicial, não lhe resta dúvida de que cessa o sigilo, ou seja, após a denúncia o processo é público. Pierpaolo Bottini, advogado e professor da USP, alega que a principal reclamação é a ausência de acesso ao conteúdo da colaboração, porquanto os advogados só têm acesso ao depoimento durante a oitiva:

“Não há nenhuma irregularidade em publicizar aqueles áudios. O grande problema é que os corréus nessa ação, os demais investigados, não têm acesso a delação original. Isso me parece violar o direito de ampla defesa e contraditório. Se a acusação tem acesso a tudo, em algum momento a defesa também deve ter esse acesso”, afirma Bottini. De acordo com ele, mesmo que a delação não seja utilizada formalmente para fundamentar a ação, o juiz tem acesso ao seu conteúdo e forma seu convencimento com base naquilo (CONJUR, 2014).

Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 151) posicionam-se no sentido de que o delatado não pode tomar conhecimento no curso dos procedimentos administrativos e investigatórios, todavia: “[...] a delação obtida deve se submeter a contraditório diferido, o que significa que o delatado tem direito, em respeito ao contraditório, de contrastar, em juízo,

²¹ Para mais informações sobre o assunto acessar: CONJUR. **Lacunas na delação premiada prejudicam a defesa, dizem especialistas**. Out. 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-15/lacunas-delacao-premiada-prejudicam-defesa-dizem-criminalistas?utm_source=dlvr.it&utm=>. Acesso em 2 de janeiro de 2015.

as informações prestadas”. Concordamos com esse posicionamento, porém, é importante ressaltar que a identidade do colaborador precisa ser resguardada em ambos os termos.

Contudo, os críticos desejam que a defesa conheça a identidade física do colaborador, diante da “unilateralidade da medida”²². Não almejam ter acesso apenas às informações de quais autoridades estiveram envolvidas no acordo original e o conteúdo que lhes diga respeito. Porém, a título de verificação de impedimento ou suspeição das autoridades e para que ocorra a refutação dos termos prestados, basta ter a defesa acesso ao acordo sem o nome do colaborador. Havendo o correto uso da colaboração premiada, ou seja, se houver outras provas que corroborem as declarações prestadas, de nada adianta a defesa saber quem é o colaborador.

Identificar o colaborador, em favor da ampla defesa, não é razoável, diante da realidade de insegurança infligida ao colaborador²³. Assim, o Estado não deve facilitar o acesso à identidade do colaborador, sob pena de agir com deslealdade processual, impingindo-lhe perigo desnecessário; mas não se pode olvidar que é possível saber quem é o colaborador, por meio de dedução dos trechos do depoimento prestado, a menos que as informações sejam mentirosas. Quanto a isso, o Estado incorre em risco ao realizar o acordo, assim como qualquer outro negócio jurídico em que uma parte não cumpre com a avença.

Sobre o art. 23 da nova lei em comento²⁴, concorda-se com Cunha e Pinto (2014, p. 144), os quais ressaltam que o disposto nesse artigo coaduna-se com o conteúdo da súmula vinculante n. 14 do Supremo Tribunal Federal, *in verbis*:

É direito do defensor, no interesse do representado, ter acesso amplo aos elementos de prova que, já documentados em procedimento investigatório realizado por órgão com competência de polícia judiciária, digam respeito ao exercício do direito de defesa.

Além da dificuldade de elaborar a estratégia de defesa sem o conteúdo original da delação, existe também o debate a respeito do desmembramento do processo quando há foro

²² Expressão utilizada por Lamy (2014, p. 29).

²³ O Supremo Tribunal Federal já se posicionou quanto à validade da omissão do nome da testemunha protegida, tendo em vista crimes de maior periculosidade, nesse sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 99736 da Justiça Federal do Distrito Federal. Rel: Ayres Britto, julgado em 27 de abril de 2010.

²⁴ Art. 23. O sigilo da investigação poderá ser decretado pela autoridade judicial competente, para garantia da celeridade e da eficácia das diligências investigatórias, assegurando-se ao defensor, no interesse do representado, amplo acesso aos elementos de prova que digam respeito ao exercício do direito de defesa, devidamente precedido de autorização judicial, ressalvados os referentes às diligências em andamento. Parágrafo único. Determinado o depoimento do investigado, seu defensor terá assegurada a prévia vista dos autos, ainda que classificados como sigilosos, no prazo mínimo de 3 (três) dias que antecedem ao ato, podendo ser ampliado, a critério da autoridade responsável pela investigação.

de prerrogativa de função, pois, conforme Bottini (*apud* CONJUR, 2014), “a parte que menciona o parlamentar e que pode ser útil para a defesa não está acessível ao advogado, porque o processo corre em sigilo [...]”. Assim, dificulta-se a elaboração da defesa.

No mesmo sentido, é o entendimento de Nucci (2014), ao comentar o desenrolar da “Operação Lava Jato”:

Esse é o grande problema do foro privilegiado e já aconteceu no mensalão a mesma coisa. Você leva tudo para o STF e depois há a cisão. E é pior, porque o conjunto da prova não é visível. Fica um pedaço em primeira instância e outro no STF. Isso é uma catástrofe para a linha de defesa (CONJUR, 2014).

Não se pretende realizar um estudo aprofundado sobre o caso da “Operação Lava Jato”, não sendo possível uma racionalização crítica sobre todas as peculiaridades do caso, em razão da ausência de acesso ao conteúdo empírico de todos os autos relacionados. É cediço, todavia, que os depoimentos dos quais o magistrado de primeira instância sequer tomou conhecimento - por estarem vinculados ao processo com foro de prerrogativa de função com sigilo - não podem ensejar nulidade, pois esses depoimentos não influíram na cognição daquele juízo, e sim outros elementos que confirmaram a colaboração premiada prestada na instância ordinária, tendo em vista que ninguém poderá ser condenado apenas com as declarações desse instituto.

Contudo, a defesa tem direito de acessar as informações que estão conexas a ela, de modo a permitir a obtenção de possíveis teses que militem em seu favor, ainda que estejam protegidas pelo sigilo em outra instância.

Portanto, se não ocorrer a liberação dos termos do acordo, não há a possibilidade de verificação da validade e legalidade da colaboração, dificultando o contraditório, como já diria Ferrajoli (*apud* Valle 2012, p. 111): “[...] um direito penal racional só se voltaria à punição efetiva de fatos empiricamente revelados e investigados judicialmente, através de afirmações sujeitas à verificação e refutação”. Sobre o não acesso à informação dos depoimentos prestados nos processos com foro de prerrogativa de função, de fato, isso dificulta a atuação da ampla defesa, mas dependendo do caso não gerará nulidade, pois a decisão da instância ordinária pode estar repleta de provas em favor da condenação.

4.2.3.2 A lesão ao direito de silêncio

O direito ao silêncio ganha espaço no Estado Democrático, promove a segurança da sociedade contra arbitrariedades ditatoriais e foi disposto no artigo 5º, inc. LXIII, da Constituição Federal²⁵. Atrelado a esse direito, está o princípio da presunção de inocência (artigo 5º, inc. LVII, da CF)²⁶, o qual transfere ao agente estatal o ônus da prova para a condenação, bem como impõe que o acusado seja visto como inocente no decorrer do processo até o trânsito em julgado da sentença condenatória²⁷.

Sobre esse princípio, Ferrajoli (2010, p. 506) descreve o contexto do direito romano, nas práticas desenvolvidas da Baixa Idade Média:

Basta recordar que no processo penal medieval a insuficiência da prova, conquanto deixasse subsistir uma suspeita ou uma dúvida de culpabilidade, equivalia a uma semiprova, que comportava um juízo de semiculpabilidade e uma semicondenação a uma pena mais leve. Só no início da idade moderna aquele princípio é reafirmado com firmeza: “eu não entendo”, escreveu Hobbes, “como se pode falar de delito sem que tenha sido pronunciada uma sentença, nem como seja possível infligir uma pena sempre sem uma sentença prévia”.

É cediço que a prática da tortura se opõe ao direito de silenciar e que o princípio da presunção de inocência sujeita o Estado a submeter toda prova colhida a uma necessária atividade jurisdicional regular. O silêncio não pode ser considerado em desfavor do acusado, o que proporciona um aprofundamento da investigação, ou seja, torna-se mais difícil angariar elementos probatórios sem as instruções do acusado, e como o aparato estatal é quem detém o dever-poder de agir positivamente, de modo a promover a segurança de todos, a ele recai todo o ônus probante.

Segundo Pacelli, (2014, p. 864), “Não há *dever* ao silêncio”. O artigo 4º, § 14, da Nova Lei do Crime Organizado²⁸ é impertinente, pois, “[...] qualquer acusado ou investigado pode livremente confessar os fatos que lhe são imputados em juízo ou que estejam sendo investigados” (PACELLI, 2014, p. 864). A norma que prevê a “renúncia” ao direito do

²⁵ “O preso será informado de seus direitos, entre os quais o de permanecer calado, sendo-lhe assegurada a assistência da família e de advogado.”

²⁶ “Ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória.”

²⁷ O Juiz Federal Sérgio Moro propôs a eficácia imediata da sentença condenatória, porquanto “não adianta existirem boas leis, se sua aplicação é deficiente, morosa e errática. [...] O problema é que se supõe o erro judiciário como regra e por consequência se retira eficácia da sentença judicial, forçando-a a se tornar apenas uma opinião nos autos”. Sobre a polêmica da necessidade de ocorrer uma relativização da presunção de inocência: <<<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>> Acessado em 30 de abril de 2015.

²⁸ “Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.”

silêncio almejou expor uma postura que o colaborador deve ter de modo natural, caso contrário, sequer é possível imaginar um negócio jurídico sem manifestação da vontade.

Assim, não há que se falar em “renúncia” a um direito fundamental, mas sim que o investigado resolveu, voluntariamente, “[...] se submeter às consequências da sua confissão” (PACELLI, 2014, p. 865), inclusive, respondendo por crime de denunciação caluniosa (artigo 339 do Código Penal) e não por falso testemunho, porquanto um colaborador que restou denunciado não pode ocupar duas posições no processo. A sua condição de parte não se desnatura ao prestar a colaboração. Ao bem da verdade, o que ocorre, de fato, não é uma transgressão ao direito de silêncio do colaborador, a menos que haja coerção.

Outrossim, Lima (2014, p. 732) tece críticas a respeito da expressão “renúncia” prevista na Nova Lei do Crime Organizado em comentário:

Parece ter havido um equívoco por parte do legislador ao fazer uso do verbo *renunciar*. Afinal, se se trata, o direito ao silêncio, de direito fundamental do acusado previsto na Constituição Federal (art. 5º, LXIII) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos (art. 8º, §2º, “g”) é evidente que não se pode falar em renúncia, porquanto tais direitos são, por natureza, inalienáveis (ou indisponíveis). Por consequência, o caráter indisponível do direito do silêncio conduziria à nulidade absoluta, por ilicitude de objeto, do acordo de colaboração premiada em que fosse pactuada a renúncia a esse direito. Na verdade, não há falar em renúncia ao direito ao silêncio, mas sim em opção pelo seu não exercício, opção esta exercida voluntariamente pelo investigado/acusado, que, para tanto, deverá contar com a assistência técnica de seu defensor e ser previamente informado de que não é obrigado a “colaborar para a sua própria destruição” (*nemo tenetur se detegere*).

Vários críticos, como Garcia Filho (2014)²⁹, lecionam, em síntese, sobre o direito ao silêncio, que qualquer prova obtida sob tortura é considerada inválida, por conseguinte, deve-se aplicar a mesma lógica para a colaboração premiada, quando oferecida no momento em que o colaborador está preso.

Salienta-se que as legislações anteriores dispunham que deveria haver espontaneidade, ou seja, somente poderia ser aventada a colaboração a partir do próprio indivíduo, todavia, atualmente, o termo empregado é o da voluntariedade, o que enseja a ideia de que o acordo pode partir inicialmente de outrem, porém sem coação. A crítica se faz no sentido de que existe uma “extorsão premiada”, o que ofende o princípio *nemo tenetur se detegere*, pois a maioria dos acordos são realizados quando o indivíduo se encontra preso, preventivamente ou temporariamente, subvertendo a ordem jurídica das garantias fundamentais, entre elas a de permanecer em silêncio.

²⁹ Para maiores informações nesse sentido: CONJUR. Delação premiada viola direitos fundamentais. Out. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-out-08/cal-garcia-filho-delacao-premiada-viola-direitos-fundamentais?pagina=3>>. > Acessado em 5 de janeiro 2015.

Nesta vertente é a crítica elaborada por Reale Jr. (2014) sobre a voluntariedade da colaboração no caso da “Operação Lava Jato”:

Em parecer ofertado em dois *Habeas Corpus*, interpostos por presos na operação lava jato, o ilustre procurador Manoel Pastana defendeu a manutenção da prisão preventiva. O procurador a defendeu por entender que a segregação cautelar tem a importante função de convencer os infratores a colaborar com o desvendamento dos ilícitos penais, havendo a possibilidade de os influenciar na vontade de colaborar na apuração de responsabilidade.

A prisão antes da sentença condenatória, todavia, é medida excepcional, cabível apenas em vista do interesse de preservação da prova, da considerável probabilidade de reiteração delituosa ou de fuga do investigado. Só é de se admitir a prisão preventiva quando a liberdade do investigado constitua um perigo para o processo, um risco para a apuração dos fatos e para a garantia de aplicação futura da lei penal.

Transformar a prisão, sem culpa reconhecida na sentença, em instrumento de constrangimento para forçar a delação é uma proposta que repugna ao Estado de Direito: ou o acusado confessa e entrega seus cúmplices, ou permanece preso à espera do julgamento, com a possibilidade de condenação, mas passível de uma grande redução da pena se colaborar com as investigações.

Evidentemente, não se compadece como o regime democrático que o Estado valha-se do uso da violência para extrair confissões (Grifo nosso).

Além disso, também é afirmado que esse constrangimento impulsiona a delação mentirosa, diante da ausência de alternativas que o suposto colaborador recebe para se ver livre da prisão. Importante citar o que Rosa e Lopes Jr. (2014) mencionam sobre os efeitos ainda desconhecidos da utilização das colaborações premiadas:

Devemos pensar nas consequências das consequências. A delação, vista como traição no costume cotidiano, ainda terá os efeitos desconhecidos. Por ela e a partir dela teremos a difamação como o grande agente constrangedor. O delator recebe a “aura” de arrependido e colaborador, indicando o caminho pelo qual o Estado irá perseguir os não arrependidos. Surgem as máquinas de dossiês, dos jornais alinhados, dos políticos interessados e interesseiros, destruindo a reputação de quem se atravessa no caminho. Advogados são acusados de prejudicar o esclarecimento da verdade, como se a Constituição e o direito de defesa fossem o empecilho da salvação nacional. A investigação e o processo passam a ser o meio difamatório generalizado, com notícias parciais e inimigos vendidos ao mercado da mídia imaginária e manipuladora. Ninguém que se oponha passa ileso.

Sobre o princípio da não autoincriminação, Ferrajoli (2000, p. 608) enumera, como corolário da primeira máxima do garantismo processual acusatório, o seguinte:

Dela se seguem, como corolários, a proibição dessa ‘tortura espiritual’, como a chamou Pagano, que é o juramento do imputado; o ‘direito do silêncio’, segundo palavras de Filangieri, assim como a faculdade do imputado de faltar à verdade em suas respostas; a proibição, pelo respeito devido à pessoa do imputado pela inviolabilidade de sua consciência, não só de arrancar a confissão com violência, como também de obtê-la mediante manipulações da psique, com drogas e com práticas hipnóticas; a conseguinte negação do papel decisivo da confissão, tanto pela rejeição de qualquer prova legal, como pelo caráter indisponível associado às

situações penais; o direito do imputado à assistência e, em todo caso, à presença de seu defensor no interrogatório, para impedir abusos ou quaisquer violações das garantias processuais³⁰.

A discussão sobre a inconstitucionalidade da “renúncia” ao direito de silêncio ou da não autoincriminação subsiste, na medida em que se faz a comparação com a confissão.

Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 148-149) afirmam:

[...] no que tange à delação premiada, importa, tal qual verificável frente ao princípio *nemo tenetur se detegere*, que o imputado seja plenamente esclarecido quanto à natureza do instituto, suas consequências penais e processuais, as garantias de proteção viáveis de se conseguir ao delator. Isso porque a disposição a colaborar compreende não apenas o espectro da atribuição do fato a si próprio, mas com a persecução penal em sua inteireza. Mormente porque, embora o delator diga sobre o fato de outrem, o faz na condição de réu e a posição processual determina a incidência do princípio. Desse modo, as mesmas exigência que se fazem quanto à confissão, no sentido de que seja manifestação de livre vontade esclarecida do réu, transpõem-se para a delação premiada [...] a delação obtida sem a presença de advogado, em ambiente ou circunstância, por sua natureza hostil ao imputado, como as dependências de delegacia de polícia ou mesmo a colaboração em meio à execução de mandados de prisão ou no interregno de prisões processuais, tendem a revelar vontade viciada do delator, de molde a provocar a nulidade do ato (Grifo nosso).

Lima (2014, p. 729) também faz sua ponderação, no que concerne ao tema da confissão e a colaboração premiada:

De se notar que uma simples confissão não se confunde com a colaboração premiada. [...] como a confissão funciona como circunstância atenuante (CP, art. 65, I, “d”), incidindo, pois, na segunda fase de aplicação da pena, ao passo que a colaboração premiada confere ao agente, em algumas hipóteses, uma causa de diminuição de pena, a ser aplicada na terceira fase (CP, art. 68) [...].

O Superior Tribunal de Justiça³¹ já se manifestou sobre a aplicação simultânea da atenuante da confissão (na segunda etapa da dosimetria) e da delação premiada na terceira etapa, por se revestir, na hipótese do artigo 14 da Lei n. 9.807/99, de causa de diminuição de pena. Portanto, não se pode confundir a confissão com a colaboração premiada, sendo

³⁰ Tradução realizada por mim a partir do seguinte trecho: "De ella se siguen, como corolarios, la prohibición de esa 'tortura espiritual', como la llamó Pagano que es el juramento del imputado; el 'derecho del silencio', según palabras de Filangieri, así como la facultad del imputado de faltar a la verdad en sus respuestas; la prohibición, por el respeto debido a la persona del imputado y por la inviolabilidad de su consciencia, non sólo de arrancar la confesión con violencia, sino también de obtenerla mediante manipulaciones de la psique, con drogas e con prácticas hipnóticas; la consiguiente negación del papel decisivo de la confesión, tanto por el rechazo de cualquier prueba legal como por el carácter indisponible asociado a las situaciones penales; el derecho del imputado a la asistencia y, en todo caso, a la presencia de su defensor en el interrogatorio para impedir abusos o cualesquiera violaciones de las garantías procesales".

³¹ Para informações mais detalhadas sobre esse entendimento: BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Habeas Corpus n. 84.609 de São Paulo. Rel. Mina: Laurita Vaz, Quinta Turma, julgado em 04 de fevereiro de 2010.

possível a acumulação de ambos os benefícios.

Diante do exposto, acompanha-se a maioria da doutrina e da jurisprudência, os quais admitem que não há lesão ao direito de silêncio do acusado. No que concerne ao artigo 4º, § 14, da Nova Lei do Crime Organizado, considera-se, todavia, desnecessária a sua existência, porquanto não ocorre “renúncia” ao direito de permanecer calado, apenas a voluntária manifestação de vontade inerente ao negócio jurídico. É preciso evitar o apontamento de inconstitucionalidades em qualquer dispositivo, quando se tratar, apenas, de uma impropriedade terminológica, de modo que se entende que fez mal uso das palavras o legislador. O dispositivo em comento apenas não gera qualquer efeito prático nem desnatura diretrizes constitucionais.

4.2.3.3. A lesão ao tratamento isonômico entre os acusados

Sobre os critérios objetivos para a obtenção da colaboração premiada, faz-se a crítica quanto a sua constitucionalidade, no que se refere ao tratamento isonômico entre os acusados, porquanto o escopo inicial do instituto é obter informações com qualidade, para que ocorra a prevenção de crimes e, por consequência, o desmantelamento de organizações criminosas. O legislador não obteve êxito neste sentido, ao estabelecer os critérios do § 4º do art. 4º da Nova Lei do Crime Organizado, trazendo a polêmica, à luz da Constituição Federal de 1988, ao dispor que:

Nas mesmas hipóteses do caput, o Ministério Público poderá deixar de oferecer denúncia se o colaborador:

I – não for o líder da organização;

II – for o primeiro a prestar efetiva colaboração nos termos deste artigo.

Segundo Ferro, Pereira e Gazzola, (2014, p. 129), “as duas condições supracitadas são consideradas impertinentes e vulneradoras do princípio da isonomia”. O Estado tem o interesse de ter informações com qualidade e não deveria se importar com a posição pessoal do colaborador para isso, além de o legislador partir do princípio de que a organização criminosa conta, apenas, com um líder.

É cediço que, na maioria das vezes, ocorre exatamente o contrário, porquanto as estruturas organizacionais têm lideranças compartilhadas, uma vez que não é incomum que as decisões sejam tomadas por órgãos colegiados. Assim, a colaboração de um dos líderes poderia significar a incriminação de outro. Importante destacar a dificuldade de amealhar

provas que confirmem a liderança do colaborador.

Não se questiona a circunstância agravante prevista no § 3º do artigo 2º da Lei n. 12.850/2013, a qual dispõe sobre o aumento de pena para quem exerce a liderança da atividade criminosa, uma vez que o chefe é um dos integrantes em destaque na ordem hierárquica. O que se pretende, nesta oportunidade, é avaliar a postura colaborativa eficiente do agente e isso requer uma análise somente no que tange à qualidade das informações prestadas. Por óbvio, que a agravante é apropriada àquele líder que perpetuou o crime e manteve o pacto de silêncio, pois sobre ele recaem todas as decisões sobre o delito.

Talvez, o maior empecilho para se visualizar a impertinência dos critérios atrelados à condição pessoal do colaborador é exatamente o preconceito moral que permeia a ideia de deixar livre alguém que possui uma conduta considerada de alta periculosidade. Em outras palavras, o legislador demonstrou um receio moral neste aspecto. Porém, ao aceitarmos o instituto da colaboração premiada em nosso ordenamento, em favor da eficiência, acreditamos que esse critério deve ser considerado também em benefício daquele que prestou as informações mais valiosas para o Estado.

Do que vale um partícipe dar informações sobre uma parte ínfima do esquema, se é possível ter acesso ao esquema por completo, inclusive com a restituição do produto do crime (podendo isso significar milhões de reais restituídos aos cofres públicos ou a vida de pessoas inocentes)? Ademais, normalmente, quando o Estado realiza o acordo de colaboração, investigações já costumam estar em andamento. Contudo, qual deve ser o encaminhamento jurídico na hipótese de um líder ir espontaneamente a uma delegacia e expor informações que sequer estavam sendo investigadas? Não se consegue identificar o porquê de não oferecer a denúncia a essa pessoa, se ela poderá ter o perdão judicial nas mesmas circunstâncias³². Então, o receio moral de deixar livre alguém que possui uma conduta “mais perigosa” não é fundamento para a manutenção desse critério, seguindo a lógica da eficiência do instituto.

Posicionam-se Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 132) no seguinte sentido:

Cabe considerar que, em respeito ao tratamento isonômico aos colaboradores, quer aqueles cujos acordos resultem no benefício do não oferecimento da denúncia (§ 3º, art. 4º), quer no perdão judicial ou resposta sancionatória mais branda (art. 4º, caput), o arquivamento dos autos dos procedimentos investigatórios em virtude da colaboração premiada, deverá ter fundamento o reconhecimento da extinção da punibilidade do colaborador. [...] A condição indefinida do colaborador não

³² O Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul já manteve o perdão judicial previsto no artigo 13 da Lei 9.807/99 a um delator que compareceu espontaneamente ao Ministério Público para narrar os fatos criminosos relacionados ao desvio de dinheiro e corrupção: BRASIL. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70017846593 da Quarta Câmara Criminal. Rel: Gaspar Marques Batista, julgado em 4 de setembro de 2008.

denunciado coloca-o em posição desfavorável diante do colaborador processado, que poderá obter o perdão judicial quando do julgamento da causa (§ 11 do art. 4º).

O critério concernente a não poder ser o líder da organização deveria ser revogado, pois age com deslealdade processual o Estado que considera mais importante a posição pessoal do colaborador, a despeito da qualidade das informações prestadas, ferindo o próprio escopo do instituto: a eficiência.

Apesar de o critério cronológico ser passível de críticas - porquanto os retardatários, normalmente, não têm conhecimento das intenções de colaboração de seu comparsa, a quem deve anteceder para fazer jus ao não oferecimento da denúncia -, não parece ele ser impertinente, tendo em vista que o legislador visou premiar, em maior medida, a iniciativa do colaborador. A condição temporal determinada nesse artigo, como se pode perceber, não vai de encontro à eficácia do instituto, ainda que as informações que possuía o primeiro delator pudessem ser complementadas com informações mais valiosas, porém “atrasadas” na ordem cronológica. Ademais, a partir do procedimento investigativo instaurado, a colaboração dos retardatários poderá configurar a causa de diminuição/substituição de pena ou até mesmo o perdão judicial, pois, assim, o Estado irá ponderar o aspecto da utilidade e recompensar à altura.

Sobre outros critérios impostos, a nova lei, em seu artigo 4º, § 1º, estabeleceu os critérios subjetivos da personalidade do agente e da repercussão social do fato criminoso, completamente inoportunos, conforme, a propósito, ressaltam Ferro, Pereira e Gazzola, 2014, p. 122):

Como o propósito da colaboração premiada é a obtenção de elementos de prova na persecução penal, o critério de reconhecimento de seus benefícios se centrado na personalidade do agente colaborador ou na repercussão social do fato criminoso se mostra inadequado ao instituto. Isto porque pelos discriminadores colocados seriam afastados de acordos delacionais participantes da organização criminosa que, conquanto detentores de informações significativas, fossem tomados por perigosos, inadaptados socialmente ou portadores de múltiplas reincidências. Por outro giro, se grave e de repercussão assinalada o fato criminoso inviabiliza o acordo. Pois, é exatamente em casos que representem inquietude para a ordem pública, que, por sua dimensão e abrangência, exijam providências imediatas e contundentes da autoridade pública, que os elementos de informação alcançáveis por via da colaboração premiada se mostram urgentes.

Assim, essa discriminação feita entre os colaboradores ultrapassam os limites do princípio do tratamento isonômico, inclusive gerando a possibilidade de completa ineficácia do instituto, porquanto se lida com a macrocriminalidade, especializada no cometimento de diversos delitos. Ora, um criminoso pertencente a uma organização criminosa, com certeza,

não praticou um único crime em sua vida, até porque, normalmente, para ser “eleito” para compor ao grupo, ele deve cometer atrocidades, para atestar a “qualidade do criminoso” quase como se fosse uma “grife”. Sobre o critério da personalidade, destaca-se a imprecisão com a qual o juiz deverá analisar, ficando este refém de laudos médicos e psicológicos.

Esses parâmetros estabelecidos pelo legislador demonstram uma cautela moral frente ao colaborador, desvirtuando as razões pragmáticas que o acordo de colaboração deve proporcionar, devendo ser rechaçadas de plano. Salienta-se que não se pretende aprofundar o estudo do tema no âmbito da ética.

Em síntese, esses aspectos comprometem a qualidade das informações prestadas e, por conseguinte, não guardam relação de causalidade com o atingimento dos escopos da colaboração premiada. A nosso ver, o pior critério supracitado é o de não poder ser líder na organização criminosa para não ser denunciado, pois isso ofende ao princípio da isonomia, já que o Estado emprega discriminação inútil entre as partes, à luz do objetivo do instituto em obter informações de qualidade.

4.2.3.4 A lesão ao princípio do juiz natural

Ainda no campo do devido processo legal, pode-se vincular a discussão sobre a suposta lesão ao princípio do juiz natural. No Brasil, o juiz prevento é aquele que atuou na fase pré-processual e, por conseguinte, tem a competência para decidir na fase processual, ocorrendo exatamente o oposto na legislação estrangeira, porquanto isso não se coaduna com o Estado Democrático de Direito, conforme Rosa e Lopes Jr. (2014):

A situação é substancialmente agravada quando percebemos que no Brasil, na contramão da evolução civilizatória do processo penal, a prevenção é uma causa de fixação da competência, ou seja, o juiz prevento pelas decisões que tomou na fase pré-processual será aquele que (no processo) irá julgar, quando nos países europeus (por força das reiteradas condenações do Tribunal Europeu de Direitos Humanos), está consagrado exatamente o oposto: juiz prevento é juiz contaminado, que não pode julgar.

A crítica consiste na hipótese em que se exige uma intensa atividade jurisdicional na fase investigativa, proporcionando evidentes “pré-juízos” e ausência de imparcialidade do magistrado, tendo em vista os pedidos de prisões preventivas/temporárias, de buscas e apreensões, de colaborações premiadas; sendo exigido, principalmente, desta última, uma profunda cognição do conteúdo do acordo, o que acarretaria em uma contaminação do juiz no momento em que for proferir a sentença.

Rosa e Lopes Jr. (2013, p. 441) questionam se existe, realmente, contraditório diferido, mesmo quando quem avaliará a legalidade da prova é o mesmo que a deferiu:

[...] imparcialidade do julgador não tem absolutamente nada a ver com neutralidade, pois juiz neutro não existe. Pelo fato de o juiz ser-no-mundo, bem como já ter sido superada a noção cartesiana (que separava razão de emoção, dicotomizando *sujeito* e *objeto*) [...].

Assim, o princípio do juiz natural não é visto como uma mera qualidade do juiz, mas sim no sentido de ser um verdadeiro princípio fundante do Estado Democrático de Direito. A maioria da doutrina não discute sobre esse princípio no caso da colaboração premiada, porque parte do pressuposto de que haverá recurso e, em segunda instância, o Órgão Colegiado do Tribunal cumpriria com a função de verificar se a persecução penal respeitou os trâmites formais de maneira totalmente imparcial.

Sobre a equidistância do juiz e forma trigonal da relação processual, Ferrajoli (2010, p. 535) leciona:

Esse distanciamento do juiz relativamente aos escopos perseguidos pelas partes deve ser tanto pessoal como institucional. É necessário em primeiro lugar que o juiz não tenha qualquer interesse privado ou pessoal na solução da causa: “ninguém pode ser juiz da própria causa”, e portanto – são ainda palavras de Hobbes – “não pode ser juiz a pessoa à qual favoreça a esperança de obter maior utilidade ou satisfação com a vitória de uma das partes em detrimento da outra”.

Na hipótese da colaboração premiada, importante seria eleger um juiz instrutor (o qual ficaria responsável pela fase pré-processual) e um juiz encarregado da sentença, de modo a conferir todo o deslinde da persecução penal, conseguindo-se evitar uma certa contaminação valorativa do magistrado que esteve presente na homologação do negócio jurídico. Leva-se, desta forma, que o juiz precisou se posicionar em decisões interlocutórias referentes às demais provas, exercendo intensa atividade jurisdicional.

Longe de considerar o procedimento previsto na Nova Lei do Crime Organizado inconstitucional, no que concerne ao princípio do juiz natural, o que se pretende neste trabalho é expor que a atual legislação está longe do que seria o ideal. Considerar todos os julgamentos referentes às colaborações premiadas inconstitucionais, em razão do princípio do juiz natural, seria uma atitude aviltante, ao desmerecer o trabalho excelente que muitos juízes realizam em ambas as fases da ação penal.

4.3 ARGUMENTOS A FAVOR DA CONSTITUCIONALIDADE DA COLABORAÇÃO PREMIADA

4.3.1 A proporcionalidade e a individualização da pena

A regra da proporcionalidade vem sendo identificada como sinônimo de razoabilidade, o que é errôneo, segundo a teoria tão difundida de Robert Alexy. O artigo elaborado por Virgílio Afonso da Silva, orientado por ninguém menos do que Robert Alexy, proporciona essa interpretação. O texto em comento intitulado “O proporcional e o razoável” (SILVA, 2002) objetivou apresentar uma crítica sobre a postura dos tribunais brasileiros, os quais vêm lançando mão de um conceito vago, como o “princípio da proporcionalidade”, para justificar um decisionismo opressor de garantias individuais.

A preocupação reside na negligência de certas características da regra da proporcionalidade e na aplicação da tese de Robert Alexy às avessas no País. Inicialmente, importante é esclarecer a distinção entre regras e princípios:

O ponto decisivo na distinção entre regras e princípios é que princípios são normas que ordenam que algo seja realizado na maior medida possível dentro das possibilidades jurídicas e fáticas existentes. Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas. O âmbito das possibilidades jurídicas é determinado pelos princípios e regras colidentes (ALEXY, 2012, p. 90).

A expressão “princípio da proporcionalidade” é errônea, sob a perspectiva da teoria de Alexy, tendo em vista que a separação entre regras e princípios não têm como supedâneo os critérios da generalidade e especialidade, mas sim a estrutura e a forma de aplicação: “Regras expressam deveres definitivos e são aplicadas por meio da subsunção. Princípios expressam deveres ‘prima facie’, cujo conteúdo definitivo é fixado após o sopesamento com princípios colidentes” (SILVA, 2002, p. 26). Por subsunção, entende-se o ato de enquadrar um caso concreto perfeitamente a uma norma legal, no direito penal, é analisar a tipicidade da conduta, por exemplo.

Assim, princípios são normas que obrigam algo ser realizado na maior medida possível de acordo com as possibilidades em diferentes âmbitos. Alexy enquadra em sua tese a *regra da proporcionalidade*, e não o “princípio da proporcionalidade”, porque este último não entra em conflito com outras normas-princípios, além de não incidir de maneira gradativa

em determinadas circunstâncias. Em síntese, determinado caso concreto poder ser proporcional ou não ser proporcional, não existe meio termo nessa medida, como ocorre quando há a mitigação de princípios, a exemplo do princípio da obrigatoriedade da ação penal e o caso da transação penal.

Os princípios constitucionais são fundamento de todo o ordenamento jurídico, por conseguinte, Alexy compreende a carga semântica que a expressão princípio tem e que “[...] qualquer uniformidade terminológica está fadada ao insucesso” (SILVA, 2002, p. 27), contudo, quando o autor estabeleceu os critérios para a regra da proporcionalidade, não podem os tribunais se valerem da tese de Alexy para contrariar a sua própria classificação e lógica.

Outra questão importante a se destacar sobre a questão terminológica, concerne à confusão da regra da proporcionalidade com a “proibição do excesso”. Embora a regra da proporcionalidade seja entendida como instrumento de controle contra excesso dos poderes estatais, paulatinamente, o seu escopo tem sido diferenciado, distanciando-se da sua real finalidade, ou seja, vem sendo utilizada como muleta para uma postura omissa do aparato estatal.

Silva (2002, p. 30) explica que na Inglaterra há o princípio da irrazoabilidade, ou seja, deve-se caçar uma decisão que nenhuma autoridade tomaria. Destarte, o exame para a aplicabilidade desse princípio é menos intenso do que a regra da razoabilidade, porque ele se destina a tornar ineficaz atos absurdamente irrazoáveis. Em outras palavras, o que o autor pretende é demonstrar que é mais fácil reconhecer um ato desproporcional, do que um que seja proporcional: um ato considerado desproporcional não será, necessariamente, considerado irrazoável, porquanto “[...] para ser considerado desproporcional, não é necessário que o ato seja extremamente irrazoável ou absurdo”.

Percebe-se que a crítica consiste na utilização, pelos tribunais brasileiros, do termo proporcionalidade, como uma maneira de aplicar decisões discricionárias, com um raciocínio simplista e automático, em uma linha de produção de metas, sem qualquer controle racional pautado na estruturação de requisitos no momento de seu uso.

A regra da razoabilidade é diferente da regra da proporcionalidade, pois aquela necessita, apenas, de adequação, enquanto que esta é mais ampla e possui três requisitos, segundo a teoria de Robert Alexy: o primeiro é a *adequação*, o segundo é *necessidade* e o terceiro é a *proporcionalidade em sentido estrito*. Para utilizar estes requisitos, faz-se necessário o respeito a uma ordem predefinida dessas “sub-regras” entre si, além disso, ocorre a característica da subsidiariedade, se alguma delas falhar, não se faz necessária a análise das

outras.

Sobre o requisito da adequação, Silva (2002, p. 37) esclarece que não é adequado aquilo que for “apto para alcançar o resultado pretendido”. O correto seria substituir do conceito a expressão “alcançar” por “fomentar” o objetivo legítimo pretendido. Assim, a fundamentação da colaboração premiada no crime organizado respeitaria o critério da adequação, porquanto o seu objetivo é auxiliar o Estado na supressão e prevenção de esquemas complexos que atingem a segurança pública. Não é certo que, por meio unicamente da colaboração premiada, ter-se-á a supressão e prevenção do crime organizado, mas esse instituto *fomenta* este resultado, destaca-se que o depoimento do colaborador deve ser corroborado com outros elementos probatórios, os quais aumentam ainda mais a garantia de obter a fim traçado.

Sobre o requisito da necessidade, explica Silva (2002, p. 40) que “um ato estatal que limita um direito fundamental é somente necessário, caso a realização do objetivo perseguido não possa ser promovido, com a mesma intensidade, por meio de outro ato que limite, em menor medida, o direito fundamental atingido”. Assim, o exame deste critério é necessariamente comparativo. No exemplo da colaboração premiada, já se viu que alguns autores defendem que há restrição do direito ao silêncio, lesão à ampla defesa e o contraditório, quando o delatado não sabe quem o acusou, lesão à isonomia no tratamento dos acusados; mas o aparato estatal, atualmente, encontra-se deficiente, não consegue lograr êxito nas investigações, como é possível se constatar pela taxa de homicídios não solucionados, uma vez que, “por ano, são mais de 50 mil mortes no País e os casos em que os assassinos são punidos não chegam sequer a 8%”³³. Se o homicídio, que é um crime que deixa vestígio, não é solucionado, imperioso refletir sobre o crime organizado que:

[...] não demanda efetiva prática das infrações penais visadas (resultado naturalístico) para se consumir, de maneira que o seu reconhecimento como delito requer simplesmente a existência de uma associação estável e permanente, com convergência volitiva, mediante estrutura ordenada e divisão de tarefas, não estando a sua apuração vinculada à constatação do eventual cometimento de qualquer infração penal pela organização (FERRO, PEREIRA e GAZZOLA, 2014, p. 51).

Salienta-se o episódio ocorrido em 2001, em que 29 penitenciárias de São Paulo entraram em rebelião no mesmo dia, ou seja, as facções criminosas já provaram, há muito

³³ Para maiores informações: G1 SÃO PAULO. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. G1 – Globo.com. São Paulo, Mar. 2014. Disponível em: <<http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html>> Acessado em: 15 de abril de 2015.

tempo, que estão mais organizadas do que o próprio Estado³⁴. Além disso, não faz muito tempo que Santa Catarina necessitou fazer toque de recolher, em razão de atentados a ônibus.

Apesar do novo conceito de crime organizado restringir a pena das infrações vinculadas, não são estas que conferem a condição de macrocriminalidade ao crime organizado, mas sim o potencial lesivo dos laços espúrios com as instituições estatais, por conseguinte, se o próprio Estado está envolvido, não existem interceptações telefônicas suficientes, por exemplo, que sejam tão eficientes quanto a colaboração premiada ao lidar com uma investigação às cegas.

Frisa-se que a interceptação telefônica ou outros meios de provas extraordinários, como a infiltração de agentes, também são altamente questionados por restringirem direitos fundamentais, de modo que o uso da colaboração premiada no atual contexto brasileiro se faz necessário. Em síntese, para realizar a comparação em outros termos, é possível verificar que o deferimento de interceptações telefônicas para qualquer caso, em desfavor de qualquer pessoa, não é necessário, em face da possibilidade de um colaborador direcionar o rumo de uma investigação. Portanto, o instituto resiste a um cotejo com as demais medidas alternativas exemplificadas.

No que tange ao requisito da proporcionalidade em sentido estrito, Silva (2002, p. 42) leciona: “[...] Consiste em um sopesamento entre intensidade da restrição ao direito fundamental atingido e a importância da realização do direito fundamental que com ele colide e fundamenta a adoção da medida”. O autor exemplifica a situação do uso dos requisitos da regra da proporcionalidade a partir do seguinte caso, em que discute direitos fundamentais previstos na Constituição Federal de 1988:

Se para combater a Aids, o Estado decidisse que todos os cidadãos deveriam fazer exame para detectar uma possível contaminação com o vírus da HIV e, além disso, prescrevesse que todos os infectados deveriam ser encarcerados, estaríamos diante da seguinte situação: a medida seria, sem dúvida, adequada e necessária – nos termos previstos pela regra da proporcionalidade –, já que promove a realização do fim almejado e, embora seja fácil imaginar medidas alternativas que restrinjam menos a liberdade e dignidade dos cidadãos, nenhuma dessas medidas teria a mesma eficácia da medida citada. Somente o sopesamento que a proporcionalidade em sentido estrito exige é capaz de evitar que esse tipo de medidas descabidas seja considerado proporcional, visto que, após a ponderação racional, não há como não decidir pela liberdade e dignidade humana (art. 5º e 1º, III), ainda que isso possa, em tese, implicar um nível menor de proteção à saúde pública (art. 6º) (SILVA, 2002, p. 42-43).

³⁴ Sobre a megarrebelião do PCC: FOLHA DE S. PAULO. **Em 2001, megarrebelião promovida pelo PCC envolveu 29 penitenciárias**. FOLHA – uol.com.br. São Paulo, Mai. 2006. Disponível em: << <http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121461.shtml>>> Acessado em 21 de julho de 2015.

Considerando a linha de raciocínio de Alexy, a colaboração premiada deveria ser vista, pela maioria da população – o que não é a atual opinião das Cortes Superiores do Brasil, nem da maioria da doutrina –, como uma medida absurdamente desproporcional, cujo motivo que a fundamenta (garantir a segurança pública) não tem “peso suficiente” para mantê-la em nosso ordenamento.

Nesse sentido, Silva (2002, p. 43) explica que:

Para que uma medida seja reprovada no teste da proporcionalidade em sentido estrito, não é necessário que ela implique a não realização de um direito fundamental. Também não é necessário que a medida atinja o chamado núcleo essencial de um direito fundamental. Para que ela seja considerada desproporcional em sentido estrito, basta que os motivos que fundamentam a adoção da medida não tenham *peso* suficiente para justificar a restrição ao direito fundamental atingido.

O silogismo nas decisões das Cortes Superiores não tem sido correto, ante a ausência de fundamentação e critérios. É extremamente raro o acórdão do STF que explica que o caso é inadequado, desnecessário e desproporcional em sentido estrito. Assim, nessa oportunidade, buscou-se fundamentar a utilização da colaboração premiada, pois preenchidos os requisitos da regra da proporcionalidade de Robert Alexy.

Longe de lançar mão de um conceito jurídico indeterminado e, talvez, manipulável, não se pretende obter restrições aos direitos fundamentais do colaborador e dos outros investigados. Por isso, faz-se necessário ressaltar que esclarecimentos são imprescindíveis no que concerne ao procedimento do não oferecimento da denúncia. Contudo, não há sentido em adotar uma postura radical, no sentido de rechaçar todo o instituto, porque este supostamente não respeita o critério da proporcionalidade.

Ademais, a colaboração ainda preserva o princípio da individualização da pena. Cunha e Pinto (2014, p. 38-39) são favoráveis ao instituto, consoante se extrai do seguinte trecho:

Não há, outrossim, qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade pela cominação de sanções diversas a autores do mesmo delito. Ora, quando dois agentes perpetraram o mesmo delito, em co-autoria, um contando com 25 e outro 19 anos de idade à época do crime, por acaso não receberão penas diversas, já que este último é beneficiado com a circunstância atenuante do art. 65, inc. I, do Código Penal? O que se considera, com efeito, é a condição subjetiva de cada um deles, assim, como na lei em exame, razão pela qual aquele que contribui merece uma reprimenda menor (ou nenhuma reprimenda), quando comparado aos demais que nada auxiliaram.

Sobre o princípio da individualização da pena, previsto nos artigos 5º, inciso, XLVI da Constituição Federal, 5º, 8º, 41, inciso XII e 92, parágrafo único, inciso II, da Lei de

Execução Penal, e no artigo 34 do Código Penal, cumpre elucidar, que este prioriza que as penas dos infratores não sejam igualadas, independente da prática da mesma conduta delituosa, porquanto, cada indivíduo possui um histórico pessoal e, no caso da colaboração, faz-se necessário considerar essa conduta e ponderar que ele merece alguma retribuição e, para fins penais, a moeda de troca é a pena corporal, não há como se esquivar dessa medida.

Portanto, sob esse prisma, o instituto da colaboração premiada estaria de acordo com a Constituição, em razão de ajudar na gestão da segurança pública, respeitar o critério da proporcionalidade, bem como o princípio da individualização da pena.

4.3.2 Emergências investigativas e os deveres estatais de proteção

O Estado detém o monopólio da violência legítima para que se consiga proteger o convívio social. Para isso, deve-se perquirir um equilíbrio entre os direitos e as garantias da sociedade como um todo, bem como do agente que comete o delito. Por diversas vezes, é possível encontrar na doutrina uma análise unilateral dos direitos fundamentais, o que alguns autores chamam de “garantismo penal unilateral”, que visa resguardar garantias constitucionais apenas do ofensor. Esta perspectiva é criticada, tendo em vista a projeção do garantismo penal.

Sobre o garantismo de Ferrajoli, Feldens (2012, p. 55-56) explica que:

Ferrajoli é mais lembrado no Brasil por assumir uma concepção minimalista de Direito Penal, estruturada em torno de um Direito Penal eminentemente nuclear, cuja legitimidade apenas se perfaria na exclusiva proteção de bens jurídicos primários. Convém notar, entretanto, que em sua teoria do garantismo, Ferrajoli serve-se de *uma concepção* de direitos fundamentais. Precisamente de uma concepção *unidirecional*, onde os direitos fundamentais são dotados de uma eficácia meramente negativa (funcionando direitos oponíveis contra o Estado), e tem-na como suficiente para sustentar *sua concepção* de garantismo penal. No particular, a teoria de Ferrajoli não padece de qualquer incoerência interna. Apenas que ela retrata *um modelo* de Direito Penal que se estrutura a base de *uma determinada concepção* de direitos fundamentais que se traduz em *uma determinada versão* de garantismo, a qual não parece corresponder a multifuncionalidade que o constitucionalismo atual empresta aos direitos fundamentais. Daí por que o discurso penal de Ferrajoli não se confunde com o garantismo. Ou pelo menos com ele não se confunde totalmente. Dizendo de outro modo: embora inequivocamente exista garantismo em Ferrajoli, o garantismo não se reduz à compreensão que dele faz Ferrajoli.

Quando uma nova conduta é tipificada pelo ordenamento penal, existe o indicativo de que a sociedade não está recebendo a tutela adequada de um bem jurídico de relevante importância. Assim, o Estado tem o dever de se valer de um aparato investigatório

necessário para o êxito coletivo. No caso do crime organizado, o bem jurídico a ser resguardado, conforme a maioria da doutrina, entre a qual a de Cunha e Pinto (2014, p. 17), é a paz pública.

Cumpre tecer um breve adendo, a respeito do bem jurídico tutelado no crime organizado, consoante Cabette (2014):

Resta claro que sob esse enfoque teórico os bens jurídicos tutelados pelos crimes de organização ou associação criminosa são totalmente indefinidos, abarcando todos os bens jurídicos protegidos pela Parte Especial dos Códigos Penais e pela integralidade das legislações penais esparsas. Claramente constituem crimes de perigo abstrato e com bem jurídico protético e variado. [...] Tem predominado na doutrina (e inclusive foi essa orientação a consignada em obra específica deste autor produzida em conjunto com Marcius Tadeu Maciel Nahur) a tese de que o bem jurídico tutelado nos crimes de organização ou associação criminosa é a chamada “paz pública”, também referida alhures como “segurança pública” ou “segurança interna”. Não obstante o predomínio dessa tese na doutrina, fato é que realmente se trata de um bem jurídico volátil e genérico tal como o conceito tão debatido e criticado de “ordem pública”. Por isso se justifica o presente esforço em retomar a discussão. [...] Conclui-se que o bem jurídico tutelado pelos crimes de organização e associação criminosa pode ser apontado como sendo a “paz pública”. Entretanto, tal apontamento necessita de qualificação, mediante a indicação do perigo causado por essas organizações no que tange à usurpação do poder estatal legítimo, sustentado nas leis e na Constituição.

Esclarece Baltazar Jr. (*apud* Pereira, 2013, p. 93), sobre o dever estatal de proteção, que “os deveres de proteção se traduzem em dever de o Estado assegurar a proteção de bens jurídicos por meio de medidas legislativas e operacionais, portanto exigindo uma ação positiva estatal”.

Sobre a função do Estado Democrático de Direito, esclarece Rudolfo (2012, p. 43): “Extraí-se da Teoria Geral do Direito Penal que o Estado, através da criminalização de determinadas condutas, busca exercer a função de garantidor do respeito à dignidade da pessoa humana – tanto da vítima (entendida também como a sociedade em geral), quanto do autor do suposto delito”.

A vertente que defende a constitucionalidade da colaboração premiada, utiliza-se do seguinte raciocínio: diante da complexidade do crime em comento, que é de natureza grave, configura-se, uma impossibilidade no prosseguimento das investigações, porque se apresentam como insuficientes os meios tradicionais de obtenção de provas. Como os crimes de maior lesividade não podem restar sem esclarecimentos, ocorre a necessidade de aperfeiçoar a eficácia das investigações.

Pereira (2013, p. 92) escreve sobre as emergências investigativas:

[...] a doutrina alemã costuma designar o fenômeno da complexidade na investigação, quando há falha no esclarecimento de determinados delitos, pela expressão “*Ermittlungsnotstand*”, que pode ser traduzida por “estado de necessidade de investigação” ou “emergência investigativa”, locução indicativa de uma situação de impasse ou bloqueio na apuração persecutória de determinados delitos e de seus autores. [...] ante a constatação de obstáculo no esclarecimento e, por consequência, evitação de uma faixa de delitos com duradoura e intensa potencialidade lesiva – no mais das vezes inseridos na atuação contínua de associações criminosas, tais como as destinadas ao tráfico de drogas, de armas, terrorismo, crimes financeiros, e ainda corrupção do aparelho estatal – deve-se indagar sobre a postura do Estado diante do impasse na persecução penal de uma faixa da criminalidade pelos meios tradicionais. Admitir a existência de uma dinâmica delitual em relação à qual os instrumentos usuais de apuração não conseguem, na maior parte das vezes, alcançar êxitos probatórios, impõe seguir-se adiante e questionar qual a resposta possível, no âmbito jurídico-constitucional, em face da insuficiência repressiva estatal.

Apesar da delação premiada ter sido muito criticada no meio jurídico, principalmente na década de 90 até o advento da Lei n. 12.850/2013 - tendo em vista que não havia legislação específica que regulamentasse o procedimento, suscitando discrepâncias normativas em razão da evidente lacuna no ordenamento -, a colaboração apresenta inúmeras vantagens e é um meio de obtenção de provas que vem se mostrando mais eficaz para o desmantelamento do crime organizado.

Alguns casos já foram mencionados no presente trabalho, mas, cumpre destacar, o mais recente e, quiçá, o de maior repercussão na história do Brasil: as colaborações premiadas que desencadearam a Lava Jato, já mencionada no presente trabalho, oportunidade em que se constatou o desvio de aproximadamente R\$ 88,6 bilhões de reais.

Assim, diante do dever estatal de proteção e da necessidade de aparelhar o Estado com novos meios de obtenção de provas, foi elaborada a Lei 12.850/2013, a qual possui o escopo de suprir diversas lacunas sobre o tema e garantir que o Estado consiga acompanhar a evolução do crime organizado. Cunha e Pinto (2014, p. 40) asseveram que, “em verdade, a criminalidade organizada, face as suas peculiaridades, reclama uma nova visão sobre os meios de prova a serem utilizados para fazer frente a seu poderio”.

Nesse sentido, Pereira (2013, p. 96-97) esclarece que:

Atualmente convive-se em uma sociedade pós-industrial, de ampla produção econômica empresarial e financeira, com técnicas avançadas de comunicação e de informatização, que, de algum modo, trouxe também repercussão sobre os fenômenos delituosos, seu aperfeiçoamento, e a forma de enfrentá-los. Trata-se de reconhecer as consequências de novo fenômeno, assentindo com a existência de prejuízos no âmbito das relações privadas e públicas, dentre os quais a necessidade de lidar com recentes instrumentos apuratórios como resposta a modernas manifestações da criminalidade. A colaboração premiada inclui-se no preço a pagar, nos custos da evolução dos fenômenos sociais, daí a importância de se estabelecerem os lindes possíveis do recurso aos instrumentos de reforço na investigação, em intento mais balizador e menos apologético.

Turessi (2013, p. 244), sobre este tema, adota uma postura pragmática, ressaltando que:

[...] o enfrentamento da criminalidade organizada reclama uma nova leitura das relações processuais e do próprio Direito Penal. A construção jurídica dessa problemática exige, outrossim, um olhar diferenciado sobre os tradicionais dogmas da autoria, coautoria e participação, dos atos preparatórios não puníveis e dos limites da flexibilização de garantias individuais. [...] Nessa linha, impende destacar que de nada adiantará uma nova política criminal, acompanhada de novos textos legais, se as técnicas hermenêuticas de interpretação dessa nova ordem jurídica forem as mesmas empregadas para o enfrentamento da criminalidade comum. A interpretação dessa legislação, à luz da doutrina da proibição da proteção penal insuficiente, é medida que se impõe. É tarefa que compete, pois, à nossa jurisprudência.

Muito questionado é este posicionamento utilitarista e, com o intuito de apresentar os diversos posicionamentos, faz-se necessário citar as críticas a respeito da necessidade de se valer do instituto da delação premiada, conforme Beccaria (2005, p. 124): “a esperança da impunidade do cúmplice que trai, pode prevenir grandes crimes e reanimam o povo, sempre apavorado quando vê crimes cometidos sem conhecer os culpados”. Apesar desse autor expressar uma valoração, eminentemente, de cunho moral a respeito da “traição”, aufere-se que existe uma crítica a respeito da utilidade do instituto.

Sandel (2014, p. 52) leciona sobre a teoria utilitarista, preconizada por Jeremy Bentham e Stuart Mill, afirmando que “não significa que os utilitaristas necessariamente são favoráveis à tortura, por motivos de ordem prática, tendo em vista que as informações colhidas por meio de tortura nem sempre são confiáveis”.

Há muito tempo a sociedade em geral possui a tendência de almejar a supressão de garantias em prol do “combate” de todo e qualquer crime. A exemplo disto é possível mencionar o “Direito Penal do Inimigo” como direito penal do autor, de Günther Jakobs, expressando os anseios em hierarquizar a condição de ser humano.

Quanto a isso, Rudolfo (2012, p. 51) explica que:

É inegável, embora lamentável, que o poder punitivo tenha sempre discriminado, algo derivado de sua própria seletividade estrutural. Subsiste, assim, a distinção entre cidadãos e inimigos, de acordo com o perigo que apresentem ou o dano que causem. As modernas funções da pena são relegadas a um segundo plano, substituindo-se a concepção de Direitos Humanos pela ideia simplista de vingança, legitimadora da violência do poder e condicionante da hierarquização dos seres humanos. A criminalização e punição exacerbada de determinadas condutas, para atender aos anseios da população, configura uma transformação regressiva no campo da política penal, e vai de encontro ao processo que se busca a emancipação humana.

Apesar das ressalvas sobre o procedimento que devem ser consideradas, para que não haja supressões de garantias do colaborador e dos delatados, faz-se necessário sopesar a função do Estado de prevenir e reprimir os crimes que agredem os direitos dos cidadãos na sociedade. Muito mais útil do que aumentar as penas dos delitos, é melhorar a gestão da informação, para que uma boa investigação seja efetuada, consoante Bottini e Feldens (2013):

Enfim, a substituição de uma política simbólica, baseada no aumento de penas, por uma política eficaz, fundada na gestão da informação, dentro dos parâmetros legais e constitucionais que cercam a atividade estatal, parece a resposta mais adequada à criminalidade organizada.

Frisa-se que o Estado tem outros meios de prova para os demais ilícitos de menor relevância, não devendo o legislador se valer da colaboração como uma “muleta investigativa” para suprir um déficit estrutural de qualquer investigação. Por conseguinte, não se pode olvidar que a colaboração premiada deve ser adotada como medida de exceção.

Pereira (2013, p. 92) assevera que:

Também há uma faixa de criminalidade de menor intensidade lesiva que deve ser tolerada, ficando alheia a qualquer tipo de justificação de reforço investigativo, exatamente por não importar em maior repercussão social, e cuja ausência de esclarecimento decorre menos da inidoneidade dos meios tradicionais de investigação a exigir reforço nessa seara, do que de uma real impossibilidade de o Estado esclarecer e reprimir todos os delitos.

Com o fim de manter um equilíbrio entre ambas as vertentes argumentativas, cabe pontuar que o autor supracitado, ao se referir às emergências investigativas, não pretendeu suprimir garantias fundamentais dos colaboradores e dos delatados, como muito se questiona, mas, apenas adotar uma abordagem adequada para os problemas que atualmente se apresentam. É o que se pode extrair das seguintes palavras desse mesmo autor:

Os dispositivos de reforço investigativo reclamados como aparentemente necessários ante o fenômeno da *Ermittlungsnotstand*, foram concebidos e têm razão de ser quando destinados ao enfrentamento das novas manifestações da criminalidade que trazem consigo exatamente essa noção de emergência investigativa. Não se cogita de diminuição dos direitos e garantias fundamentais de defesa dos réus em processos dessa natureza, mas sim de limitar o recurso às novas técnicas apuratórias apenas às necessidades em razão das quais elas foram concebidas, ou seja, quando se verifique bloqueio investigativo pelos métodos tradicionais (PEREIRA, 2013, p. 92).

Deste contexto valorativo, infere-se que o Estado precisa acompanhar a evolução do crime organizado. Esse fenômeno se demonstra cada vez mais complexo e enraizado em

todos os segmentos institucionais. Por conseguinte, faz-se necessária a melhoria dos métodos investigativos tradicionais e implementação de meios extraordinários de provas, para que o Estado consiga acompanhar o desenvolvimento dessa criminalidade mais sofisticada.

4.3.3 O caráter preventivo das penas

Os argumentos utilizados a favor da constitucionalidade da colaboração premiada, sob o prisma do caráter preventivo das penas, adotam o seguinte contexto: não se pode, simplesmente, deixar que os crimes da organização se perpetuem, sem qualquer chance de prevenção, ainda que isto implique na não instauração do processo contra alguns membros.

Cumprе destacar o que Bentham (*apud* BISSOLI, 2010, p. 76-77) afirma sobre as sanções penais: “são males que devem recair acompanhados de formalidades jurídicas, sobre indivíduos convencidos de terem feito algum ato prejudicial, proibido pela lei e com o fim de se prevenirem semelhantes ações para o futuro”.

Com relação às teorias dos fins da pena, tem-se a teoria da retribuição, a teoria da prevenção geral positiva e negativa, a teoria da prevenção especial positiva e negativa e as teorias mistas. Bissoli Filho (2010, p. 73) explica que “para as teorias absolutas, as sanções penais têm, tão somente propósitos retributivos, isto é, a expiação do mal ilícito pelo mal ilícito”.

Para as teorias relativas, utilitárias ou preventivas, a sanção penal tem um fim que consiste em impedir o delito, ou seja, pune-se para que não se volte a delinquir.

Para Beccaria, o fim das sanções penais não é atormentar e afligir um ser sensível, nem desfazer um crime que já foi cometido, mas sim, ser útil e estritamente necessárias à manutenção da ordem social, pois é certo que, quanto menos tempo decorrer entre a conduta e a sanção penal, tanto mais os espíritos ficarão compenetrados da ideia de que não há crimes sem castigo; tanto mais se habituarão a considerar o crime como a causa do qual o castigo é o efeito necessário e inseparável (BISSOLI, 2010, p. 76).

Imperioso esclarecer que as teorias relativas classificam-se em teorias da prevenção especial e teorias da prevenção geral, cujas diferenças estariam nos diversos modos de uma ou de outra alcançar os seus fins. A teoria da prevenção geral busca atingir seus efeitos nos indivíduos de modo geral, já as teorias da prevenção especial preocupam-se em sustentar que as penas devem evitar que o condenado não pratique futuros crimes.

Os efeitos preventivos da sanção penal podem se dar na modalidade positiva e negativa. Na prevenção geral negativa, os destinatários da sanção penal são os infratores

potenciais. Já na prevenção geral positiva, preconizada, inicialmente, por Durkheim, e desenvolvida por Jakobs e Roxin em distintas perspectivas, a sanção penal buscaria, em suma, reforçar a manutenção da confiança na ordem jurídica.

Por outro lado, para a teoria da prevenção especial positiva, a sanção penal possui a intenção de impedir que o autor da conduta delitiva venha praticá-la novamente, sendo sua função o tratamento do condenado, por meio da sua reeducação. Já a teoria da prevenção especial negativa visa a segurança social pela neutralização do condenado ou de intimidá-lo.

Existem também as teorias mistas, unificadoras ou ecléticas, as quais são adotadas pelo sistema penal brasileiro e compreendem o duplo propósito da sanção penal, ou seja, retributivo e o preventivo.

Ainda sobre a função da pena, Roxin *apud* Bittar, diz que os critérios determinantes para o merecimento da pena situam-se no “injusto culpável”. Nesta lógica, havendo crime, existirá a necessidade de pena. No caso do delator, o crime do acusado permanece a existir apesar da ajuda do colaborador, mas não é o agente colaborador merecedor de pena diante da necessidade preventiva de punição.

[...] ainda no mesmo raciocínio desenvolvido por Roxin, defende Stratenwerth que à culpabilidade deve adicionar-se sempre a necessidade prática de uma pena, ou seja, além da realização culpável do injusto típico, existem outros pressupostos da punibilidade, que condicionam precisamente essa necessidade de proteção. Sendo assim, se dará o ‘merecimento de pena’ quando uma conduta for típica, antijurídica e culpável. Mas uma conduta ‘merecedora de pena’ somente estará ‘necessitada de pena’ se adicionar uma necessidade preventiva de punição. E como se sabe, para Claus Roxin a necessidade preventiva de punição é um dos pressupostos de responsabilidade (BITTAR, 2011, p. 75).

Bittar adverte sobre a heterogeneidade de conceitos do merecimento e de necessidade da pena. Contudo, tendo em vista o raciocínio mencionado, pode-se concluir que, no caso da colaboração premiada para a prevenção do crime organizado, é evidente que ao agente, oferecendo ajuda imprescindível ao Estado nas investigações, não haveria a necessidade de punição ou a teria de maneira reduzida, porquanto um crime somente necessitará de pena se for adicionada uma necessidade preventiva de punição. E, no caso desse colaborador, a função preventiva especial da pena estaria desconstituída. Segundo Bittar (2011, p. 86), “o cerne da questão está no fato de que o arrependimento é algo que não pode ser mensurado externamente”, sendo esta a razão de não ter a legislação vigente explicitado a necessidade de demonstração de efetivo arrependimento, apenas há a exigência de resultados práticos.

4.4 OS NECESSÁRIOS AJUSTES NO INSTITUTO DA COLABORAÇÃO PREMIADA

4.4.1 Da impossibilidade de autoridade policial propor a colaboração premiada sem a anuência do Ministério Público

Embora louvável a tentativa da Lei n. 12.850/2013 em aproximar a atuação do delegado de polícia com o órgão ministerial, faz-se uma crítica no sentido de que a nova lei conferiu a condição postulatória ao delegado de polícia, ao arrepio dos preceitos constitucionais.

Conforme exposto no item referente à lesão à titularidade do Ministério Público na ação pública, discorda-se do posicionamento de alguns autores que mencionam o art. 4º, §§ 2º e 6º, e o art. 6º, inciso II, da lei em comento, como apenas uma “impropriedade terminológica”. Se o delegado de polícia puder propor o acordo da colaboração premiada e o juiz o homologar, sem a anuência do Ministério Público, ocorrerá lesão à titularidade do *parquet* na ação penal pública, por mais que este venha impetrar mandado de segurança, isso causaria prejuízo ao colaborador e morosidade ao andamento processual.

Destaca-se que o Ministério Público figura como parte na lide penal, a quem se consagra o poder-dever de acusar nos limites do princípio da obrigatoriedade, sendo sua atribuição a *opino delicti*, que ocorre na fase administrativa. Nessa toada, ainda ocorre lesão ao princípio da obrigatoriedade por ato de autoridade policial.

Sobre a lesão à titularidade do Ministério Público na ação penal pública, cumpre fazer um paralelo, outrossim, com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública.

Segundo Lima (2014, p. 215):

De acordo com o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, também denominado de legalidade processual, aos órgãos persecutórios criminais não se reserva qualquer critério político ou de utilidade social para decidir se atuarão ou não. Assim é que, diante da notícia de uma infração penal, da mesma forma que as autoridades policiais têm a obrigação de proceder à apuração do fato delituoso, ao órgão do Ministério Público se impõe o dever de oferecer denúncia caso visualize elementos de informação quanto à existência de fato típico, ilícito e culpável, além da presença das condições da ação penal e de justa causa para a deflagração do processo criminal.

Ademais, “[...] o Código de Processo Penal sequer permite ao delegado de polícia o arquivamento do inquérito policial e não lhe confere capacidade postulatória para as providências investigatórias que demandam ordem judicial” (FERRO, PEREIRA; GAZZOLA, 2014, p. 126). Existe a possibilidade de o delegado apenas representar por

medidas persecutórias, o que significa que ele pode expor os motivos que o levaram a achar conveniente essa providência.

Diante do exposto, o dispositivo da Nova Lei do Crime Organizado, que confere a possibilidade de o delegado de polícia oferecer o acordo de colaboração, é inconstitucional, porquanto o único titular da ação penal pública é o Ministério Público, de modo que, sem a sua anuência, diversos empecilhos procedimentais atrapalhariam o deslinde da persecução criminal, causando prejuízo a todas as partes envolvidas no negócio jurídico.

4.4.2 Da impertinência do critério de não ser o líder da organização criminosa e da necessidade de regulamentação do procedimento relativo ao não oferecimento da denúncia

Apesar de a nova legislação não ter explicitado a determinação da extinção da punibilidade do colaborador que não for sequer investigado e processado, entende-se que o juiz deverá realizar o arquivamento do inquérito e julgar esta questão, caso contrário, a situação do colaborador tornar-se-ia indefinida, sem segurança jurídica e em desvantagem daquele colaborador que restou processado e com o perdão judicial.

Outra proposta para que esta lacuna fosse suprida seria a aplicação analógica do art. 87, parágrafo único, da Lei n. 12.529, de 30 de novembro de 2011, que dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica, *in verbis*:

Art. 87. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo (Grifo nosso).

Neste sentido, é o entendimento de Lima (2014, p. 744):

Apesar de o legislador ter previsto a possibilidade de não oferecimento da denúncia, nada disse quanto ao fundamento de direito material a ser utilizado para fins de arquivamento do procedimento investigatório. Diante do silêncio da nova Lei de Organizações Criminosas, parece-nos possível a aplicação subsidiária do art. 87, parágrafo único, da Lei n. 12.529/11 [...].

Deste modo, haveria segurança jurídica ao colaborador que sequer foi denunciado, em razão de ter preenchido os critérios objetivos para o não oferecimento da denúncia. Ainda

sobre esse dispositivo, é preciso salientar que se considera o critério do art. 4º, § 4º, da Nova Lei do Crime Organizado (não ser o líder da organização criminosa) um requisito vulnerador do escopo da colaboração premiada, tendo em vista que não deveria ter importância quem é o agente enunciatador da informação, e sim o conteúdo desta.

Esta discriminação, levando em conta a periculosidade hierárquica do agente, remonta um receio moral por parte do legislador, o que não pode ser incentivado, quando se trata de colaboração premiada. Ora, por óbvio, que a colaboração premiada é um instituto cruel com os cidadãos que cumprem a lei, assim como ocorre no crime de sonegação fiscal, uma vez que o sonegador transgredir as normas e muitas vezes ganha o parcelamento da dívida no fim do processo, com a consequente extinção de punibilidade. Sob uma perspectiva, é verdadeiramente injusto deixar de punir alguém que cometeu um ilícito, todavia, por outro lado, faz-se necessário, em razão do prisma utilitário e pragmático. O Estado almeja resultados, seja a devolução do dinheiro sonegado ou o desmantelamento do crime organizado; ao colaborar com a justiça, o indivíduo adota uma postura merecedora de algum benefício, e, quando se trata de criminosos, a pena corporal é a moeda de troca.

Não poder ser o líder, acarreta problemas de cunho probatório inclusive, além de que na maioria dos casos a organização criminosa possui um órgão colegiado no comando, o qual detém as informações mais detalhadas e valiosas para o Estado, à luz da eficiência.

Já, no que se refere ao segundo critério, “ser o primeiro a prestar efetiva colaboração”, entende-se não ser ele impertinente, apesar do posicionamento de Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 130-131):

De outra banda, a interdição dos acordos aos retardatários ao primeiro integrante da organização que colaborar, revela-se além de iníqua para com estes, absolutamente improdutivo sob a perspectiva do Estado. Injusta para com os retardatários porque sequer necessariamente têm conhecimento das intenções de delação do comparsa a que deve anteceder para fazer jus ao não oferecimento da denúncia em caso de acordo. Do mesmo modo, as informações que prestaria poderiam chegar ao conhecimento do virtual colaborador em tempo posterior às prestadas pelo primeiro colaborador, com o que estaria impossibilitado de ter precedência. Sob a perspectiva do interesse estatal na coleta de informações, a limitação é ainda mais clamorosa porque os demais integrantes da organização, a despeito do retardo na condição temporal, podem trazer a lume informações que não possuía o primeiro delator bem como que sejam a elas complementares.

Consoante anteriormente explicitado, o legislador quis beneficiar em maior medida a atitude do primeiro colaborador, o qual rompeu com a postura inerte da organização. Assim, a iniciativa merece um prêmio maior, ainda que informações mais valiosas sejam descobertas por meio de outros colaboradores no decorrer do processo. Não é como se o

Estado não fosse premiar os retardatários; pelo contrário, estes poderão receber, inclusive, o perdão judicial. Portanto, a condição temporal determinada no referido artigo, coaduna-se com eficácia do instituto.

Diante do exposto, o critério objetivo de não ser o líder da organização criminosa previsto no art. 4º, § 4º, da Lei n. 12.850/2013 deveria ser revogado, evitando-se uma discriminação inútil e assim perquirindo o escopo da colaboração premiada.

4.4.3 Da impossibilidade de o corréu colaborador ser ouvido como testemunha

A Lei n. 12.850/2013 apresenta lacuna, no que tange à possibilidade de o réu colaborador não ser ouvido como testemunha, mas apenas o colaborador que não foi denunciado, conforme se pode depreender do art. 4º, §§ 12 e 14, da lei em comento:

Ainda que beneficiado por perdão judicial ou não denunciado, o colaborador poderá ser ouvido em juízo a requerimento das partes ou por iniciativa da autoridade judicial. Nos depoimentos que prestar, o colaborador renunciará, na presença de seu defensor, ao direito ao silêncio e estará sujeito ao compromisso legal de dizer a verdade.

A homologação do acordo não retira a condição de réu do colaborador, que foi denunciado e que almeja o perdão judicial, a redução ou substituição de pena. Por conseguinte, entende-se que seria adequada essa condição apenas ao colaborador que não foi denunciado, pois “[...] Ao réu que responde ao processo jamais poderia a lei infraconstitucional restringir-lhe o direito ao silêncio, obrigando-o, ainda, a dizer a verdade, sob pena de configuração do crime de falso testemunho ou mesmo daquele previsto no art. 19 desta lei” (CUNHA; PINTO, 2014, p. 78).

Sobre o tema, concorda-se, igualmente, com o posicionamento de Lima (2014, p. 732):

Apesar de o art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/2013, fazer remissão ao *compromisso legal de dizer a verdade* a que o agente estaria sujeito, daí não se pode concluir que o colaborador possa responder pelo crime de falso testemunho. Como o art. 342 do CP refere-se exclusivamente à *testemunha, perito, contador, tradutor ou intérprete*, revela-se inadmissível a inclusão de corréu como sujeito ativo deste delito, sob pena de evidente violação ao princípio da legalidade. Na verdade, a única situação em que o *colaborador* pode ser ouvido como *testemunha* é na hipótese de não ter havido o oferecimento de denúncia contra ele, consoante disposto no art. 4º, § 4º, da Lei nº 12.850/13. Nesta hipótese, quando o colaborador não denunciado prestar declarações sobre fatos que dizem respeito à responsabilidade criminal alheia, adquire a qualidade de verdadeira prova testemunhal incriminadora, limitada, à evidência, aos fatos por ele declarados, daí por que deve responder segundo a verdade.

Colhe-se da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no caso conhecido como “Mensalão”, a seguinte ementa:

AÇÃO PENAL. TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM. CO-RÉUS COLABORADORES. ARROLAMENTO DOS CO-RÉUS COMO TESTEMUNHAS. IMPOSSIBILIDADE. APROVEITAMENTO DOS DEPOIMENTOS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. VIABILIDADE. RESPEITO AOS DITAMES LEGAIS E AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO. QUESTÃO DE ORDEM RESOLVIDA PARA AFASTAR A QUALIDADE DE TESTEMUNHAS E MANTER A OITIVA DOS CO-RÉUS NA CONDIÇÃO DE INFORMANTES. 1. Não viola a decisão do Supremo Tribunal Federal que indeferiu o desmembramento do presente feito o oferecimento de denúncia, no primeiro grau de jurisdição, contra dois envolvidos que não constaram da denúncia oferecida na presente ação penal. 2. Inviabilidade do aditamento da denúncia ofertada nestes autos, tendo em vista o extremo prejuízo que causaria à instrução do feito e à estabilização subjetiva da demanda. 3. Impossibilidade do ajuizamento autônomo da denúncia nesta Corte, uma vez que os co-réus colaboradores ora denunciados no primeiro grau não detêm o privilégio do foro por prerrogativa de função perante o Supremo Tribunal Federal. Ausência de jurisdição do Supremo Tribunal Federal, na hipótese. 4. Necessidade da denúncia para possibilitar o cumprimento dos termos da Lei nº 9.807/99 e do acordo de colaboração firmado pelo Ministério Público Federal com os acusados. 5. Legitimidade da manutenção do processo e julgamento do feito perante o juízo de primeiro grau de jurisdição. 6. O fato de não terem sido denunciados nestes autos não retira dos envolvidos a condição de co-réus. Daí a impossibilidade de conferir-lhes a condição de testemunhas no feito. 7. De todo modo, por não terem sido ouvidos na fase do interrogatório judicial, e considerando a colaboração prestada nos termos da delação premiada que celebraram com o Ministério Público, é perfeitamente legítima sua oitiva na fase da oitiva de testemunhas, porém na condição de informantes. Precedente. 8. Respeito ao princípio do contraditório e necessidade de viabilizar o cumprimento, pelos acusados, dos termos do acordo de colaboração, para o qual se exige a efetividade da colaboração, como preveem os artigos 13 e 14 da Lei nº 9.807/99. 9. Questão de ordem resolvida para julgar ausente violação à decisão do plenário que indeferiu o desmembramento do feito e, afastando sua condição de testemunhas, manter a possibilidade de oitiva dos corréus colaboradores nestes autos, na condição de informantes. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Rel: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23 de outubro de 2008).

Portanto, parece razoável que o legislador estabeleça que o réu colaborador não poderá ser compelido a prestar depoimento como testemunha, apenas como informante, mas tal conceito não pode ser entendido como uma “colaboração permanente”, em que o Ministério Público pode aumentar o objeto do acordo, conforme a conveniência que lhe aprouver; assim, valendo-se das palavras de Ferro, Pereira e Gazzola (2014, p. 138): “Induvidoso que o colaborador poderá ser notificado a comparecer, quer durante a fase de persecução administrativa, quer na fase judicial para prestar esclarecimentos relativos ao objeto de acordo de colaboração”. Contudo, não deverão ser exigidas do colaborador informações que não estavam previstas no negócio jurídico realizado com a autoridade estatal.

Diante do exposto, aufere-se que o dispositivo em comento não discrimina de

maneira adequada essa limitação a ser feita sobre a “renúncia” ao direito de silêncio sendo imprescindível um maior cuidado nesse sentido. Ademais, já se comentou no presente trabalho sobre esta péssima expressão empregada no artigo 4º, § 14, da Lei 12.850/2013, pois o legislador deveria esclarecer que o colaborador apenas escolhe, voluntariamente, aceitar as consequências inerentes a sua confissão, e não renuncia a um direito que é indisponível.

5 CONCLUSÃO

Constatou-se com o presente trabalho que, diante do atual contexto histórico, marcado pela criminalidade organizada sofisticada, ocorreu a necessidade de melhorar a regulamentação dos meios de investigação do Estado, tendo o legislador optado por criar mais uma tipificação autônoma: a de crime organizado. Assim, a Lei n. 12.850/2013 veio a complementar a legislação vigente, no que concerne à colaboração premiada e outros meios extraordinários de provas, além de ter modificado o conceito de organização criminosa.

Verificou-se que a expressão “organização criminosa”, era muito mencionada na legislação anteriormente existente, mas não havia uma definição aplicável ao nosso âmbito interno, porquanto o conceito previsto na Convenção de Palermo era genérico e aplicável somente na relação do Brasil com o âmbito internacional, mais precisamente, à criminalidade transnacional.

Assim, apesar de ter sido elaborado um conceito de organização criminosa na Lei n. 12.694/2012, a Nova Lei do Crime Organizado revogou-a tacitamente neste ponto e dispôs, em síntese, que organização criminosa é a associação de quatro ou mais pessoas estruturalmente ordenada, que visa obter vantagem de qualquer natureza, por meio de infrações penais, cujas penas máximas devem ser superiores a quatro anos ou que sejam de caráter transnacional.

Foi exposta a crítica sobre essa conceituação, tendo em vista que essa definição é mais restritiva do que era previsto na Lei n. 12.694/2012, não existindo contravenções com penas máximas superiores a quatro anos, apesar de o legislador ter mencionado a expressão “infrações penais” no artigo 1º, § 1º, da Lei 12.850/2013.

Por meio da análise da história das organizações criminosas no Brasil e em diversos países, tais como Itália e Estados Unidos, chegou-se à conclusão que não são os crimes cometidos que tornam a organização perigosa, mas a sua evidente estruturação complexa institucionalizada em todas as ramificações da sociedade, sendo impertinente essa conceituação limitada a crimes com penas maiores.

Em um segundo momento, foi analisada toda legislação referente à delação premiada, subespécie da atual colaboração premiada, esta prevista na Lei n. 12.850/2013, tendo-se constatado que ocorreu a importação desajeitada de alguns elementos dos institutos semelhantes previstos em outros países, como o “plea bargaining” nos Estados Unidos, o “pentitismo” na Itália e o “arrependimento processual” na Espanha.

Outrossim, auferiu-se que houve uma tendência, por parte do legislador, em

ampliar o rol dos crimes em que se poderia utilizar a delação premiada ao longo dos anos: a primeira aparição do instituto foi nas Ordenações Filipinas para o crime de “Lesma Majestade”, após sua revogação, foi disposto somente na Lei n. 8.072/90, para os crimes hediondos e, aos poucos, diversos crimes foram sendo abrangidos em muitas leis esparsas – a exemplo da Lei n. 8.137/90, que sequer estabeleceu quais seriam os crimes contra ordem econômica passíveis de abrangência do instituto; da Lei n. 9.034/95 (atualmente revogada), para o crime organizado; da Lei n. 9.613/98, para os crimes de lavagem de capitais -, até o advento da Lei n. 9.807/99, que previu, de maneira genérica, o perdão judicial e a causa de diminuição de pena ao colaborador que tivesse cometido qualquer crime, tendo em vista que os seus artigos 13 e 14 silenciaram nessa especificação.

Portanto, diante do número de leis que foram sendo promulgadas sobre o tema, o problema da sucessão das leis despontou de maneira evidente, considerando que a delação premiada tem natureza jurídica mista (penal e processual).

Por meio da análise da jurisprudência pátria, foi possível citar a discussão a respeito da incidência da Lei de Proteção à Víctima e à Testemunha (mais benéfica) nos casos de crimes de drogas, porquanto estes obtiveram tratamento diferenciado e mais rigoroso na Lei n. 11.343/06.

Assim, alguns Tribunais aplicam o benefício do perdão judicial aos crimes de drogas, ainda que a lei específica preveja, apenas, a causa de diminuição, valendo-se do princípio da irretroatividade da lei mais grave, consoante artigo 5º, inciso XL, da Constituição Federal, por conseguinte, auferiu-se que uma das maiores dificuldades existentes sobre a colaboração premiada é e será o problema da sucessão das leis.

As normas referentes à delação premiada, até 2013, previam apenas o cabimento do instituto, mas não regulamentavam o procedimento de sua aplicação, como a Lei n. 12.850/2013. Assim, esta preencheu lacunas, ampliou as benesses ao colaborador - é possível o não oferecimento da denúncia, a substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, a progressão de regime, além do perdão judicial e a causa de diminuição de pena -, consagrou mais direitos de proteção ao colaborador, estabeleceu um rol alternativo de resultados práticos para que o instituto seja considerado eficaz, aproximou a atuação da autoridade policial com o Ministério Público e afastou o juiz da negociação.

Por fim, foi realizado um paralelo entre os argumentos contrários e favoráveis à constitucionalidade da colaboração premiada na prevenção e repressão do crime organizado, partindo da análise das inovações previstas na Lei n. 12.850/2013, bem como foram sugeridas algumas modificações, proporcionando uma forma de sanar qualquer inconstitucionalidade.

Diante dos argumentos apontados que fundamentam ambas as vertentes, chegou-se à conclusão de que se faz necessária a mitigação do princípio da obrigatoriedade na ação penal pública, diante da dificuldade que o Estado tem para cumprir com o seu dever de proteção, porém, para que não ocorra inconstitucionalidade, faz-se necessária uma melhor regulamentação procedimental, no que concerne ao não oferecimento da denúncia. Caso contrário, ocorrerá lesão ao tratamento isonômico entre acusados, porquanto aquele que sequer foi denunciado estará em desvantagem, em razão de sua insegurança jurídica, se for comparando com o que recebe o perdão judicial ao ser processado.

Verificou-se que a ausência de fiscalização por parte do juiz e a falta de uma homologação judicial que extinga a punibilidade do colaborador não denunciado ensejam inconstitucionalidades, porque, quando a Constituição prevê o princípio da obrigatoriedade da ação penal pública, o que se almeja é justamente evitar arbitrariedades por parte do Ministério Público. Na hipótese em comento, nada impede que o órgão titular da ação penal, após algum tempo, descubra “novas provas” e realize o desarquivamento da investigação contra aquele que de boa-fé colaborou. Assim, para suprir a lacuna procedimental existente, fez-se também a sugestão de uma aplicação analógica do artigo 87, parágrafo único, da Lei n. 12.529/2011, o qual dispõe que uma vez cumprido o acordo de colaboração, extingue-se a punibilidade automaticamente.

Também o dispositivo da Nova Lei do Crime Organizado, que confere a possibilidade de o delegado de polícia oferecer o acordo de colaboração, foi considerado inconstitucional no presente trabalho, porquanto o único titular da ação penal pública é o Ministério Público, de modo que, sem a sua anuência, diversos empecilhos procedimentais atrapalhariam o deslinde da persecução criminal, causando prejuízo a todas as partes envolvidas no negócio jurídico.

No tocante à garantia da ampla defesa e do contraditório, a Lei 12.850/2013 coaduna-se com a Súmula n. 14 do Supremo Tribunal Federal, porquanto se constatou a existência de possibilidade de refutação e verificação do acordo. Ainda que a defesa não conheça a identidade física do colaborador, defende-se dos fatos provados por meio de outros elementos, não apenas com supedâneo nos depoimentos da colaboração premiada. Nessa seara, advertiu-se, contudo, acerca dos casos de desmembramento dos processos, em que a defesa tem o direito de ter acesso às provas dos autos conexos, para elaborar a tese defensiva, embora haja o segredo de justiça.

Sobre a lesão ao direito de silêncio, constatou-se que a colaboração premiada não enseja inconstitucionalidade nesse aspecto, mas a Nova Lei do Crime Organizado, em seu art.

4º, § 14, enseja uma interpretação errônea, em razão de não se poder “renunciar” a um direito fundamental, apenas aceitar as consequências de não utilizá-lo. Verificou-se que não há dever ao silêncio. No caso em que o colaborador foi processado e mente, aplicar-se-ia o crime de denúncia caluniosa, e não falso testemunho, pois ao celebrar o negócio jurídico com o Estado, aquele não perde a qualidade de réu. Assim, auferiu-se que a norma em comento tem uma impropriedade terminológica, porquanto o legislador não almejou realizar uma extorsão premiada e, ao realizar o acordo, o colaborador entende que não usufruir desse direito é consequência lógica inerente ao instituto.

Em seguida, realizou-se a crítica no que tange aos critérios objetivos para o não oferecimento da denúncia. Chegou-se à conclusão no sentido de que o óbice de o colaborador não poder ser o líder da organização criminosa não se coaduna com o escopo pautado na eficiência do instituto e é um critério vulnerador do princípio do tratamento isonômico entre acusados, porquanto um líder poderia trazer informações mais valiosas e úteis à investigação, mas não é recompensado à altura, diante de um receio moral do legislador. Porém, quando se trata de colaboração premiada, é evidente que é um instituto cruel na perspectiva de quem cumpre as leis da sociedade, pois deixa impune aquele que não as obedece, mas o que se deve atentar é na qualidade dos resultados práticos dessa medida. Constatou-se que a maioria das organizações criminosas não possuem apenas um líder, sendo possível um deles delatar os demais. Assim, observando o critério utilizado pelo próprio legislador para instituir a colaboração premiada em nosso ordenamento - a eficiência -, entendeu-se por bem ampliar o benefício do arquivamento da denúncia ao líder que for o primeiro a colaborar. Assim, o não oferecimento da denúncia seria um benefício dado pela iniciativa do colaborador e proporcional à qualidade das informações prestadas.

Além disso, sobre a lesão ao princípio do juiz natural, constatou-se que o ideal seria ter um juiz para a fase pré-processual e outro para a fase processual, na hipótese de colaboração premiada, pois o juiz que defere a medida não deveria ser o mesmo que verifica a sua legalidade. No caso de realização do negócio jurídico, em que se exige uma intensa atividade jurisdicional na fase investigativa, proporcionam-se evidentes “pré-juízos”, consoante Alexandre Morais da Rosa, e ausência de imparcialidade do magistrado, tendo em vista que é exigida deste último uma profunda cognição do conteúdo do acordo, o que acarretaria em uma contaminação do juiz no momento de proferir a sentença e verificar a sua legalidade. Atualmente, contudo, analisou-se que o mesmo juiz que defere os pedidos de prisões preventivas/temporárias, de buscas e apreensões, de colaborações premiadas, torna-se prevento para julgar os autos; o que ocorre de maneira contrária em outros países, sendo este

o ideal para não haver uma contaminação do juiz.

Por fim, chegou-se à conclusão que, apesar das ressalvas apresentadas e adaptações procedimentais, o instituto da colaboração premiada é válido para a repressão e prevenção do crime organizado, tendo sido constatada a sua utilização em diversos casos de difícil dismantelamento. O Estado necessita desse instituto para cumprir com o seu dever de proteção, diante do aperfeiçoamento dessa criminalidade. Ademais, analisou-se sob o prisma da teoria dos fins das penas que um crime somente imprescinde de sanção, se for adicionada uma necessidade preventiva de punição, assim, no caso em que o colaborador presta ajuda eficiente ao Estado, estar-se-ia desconstituída a função preventiva especial da pena, justificando a não incidência desta ou até mesmo sua redução/substituição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

AMORIM, Carlos. **CV-PCC: a irmandade do crime**. 6. ed. Rio de Janeiro: Record, 2005.

BALTAZAR Jr., José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. São Paulo: Ed. Martins Fontes, 2005.

BISSOLI Filho, Francisco. **A Sanção Penal e suas Espécies**. Curitiba: Ed. Juruá, 2010.

BITTAR, Walter Barbosa. **Delação Premiada: direito estrangeiro, doutrina e jurisprudência**. 2. ed. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2011.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Acordo de leniência para apurar cartel merece reflexão**. Set. 2013. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-set-10/direito-defesa-acordo-leniencia-apurar-cartel-merece-reflexao>>. Acessado em: 10 de julho de 2015.

_____. FELDENS, Luciano. **A forma inteligente de controlar o crime organizado**. Nov. 2013. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-05/direito-defesa-forma-inteligente-controlar-crime-organizado>>. Acessado em 3 jan. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Brasília, 05 jan. 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm>. Acesso em: 20 jun. 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2000.010338-1 da Primeira Câmara Criminal, Rel: Nilton Macedo Machado, julgado em 22 de agosto de 2000.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 90321 do Tribunal de Justiça de São Paulo, Brasília, DF, Rel: Mina. Ellen Gracie, Segunda Turma, julgado em 02 de setembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Ação Penal nº 470, Tribunal Pleno, Brasília, DF, Rel: Min. Joaquim Barbosa, julgado em 23 de outubro de 2008.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70026888701 da Sétima Câmara Criminal, Rel: João Batista Marques Tovo, julgado em 18 de dezembro de 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 99736 da Justiça Federal do Distrito Federal. Rel: Ayres Britto, julgado em 27 de abril de 2010.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 97553 do Tribunal de Justiça do Paraná. Brasília, DF, Rel: Min. Dias Toffoli, Primeira Turma, julgado em 16 de junho de 2010.

_____. Lei 12.850, de 2 de Agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei no 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Poder Executivo, Brasília, 5 ago. 2013.

_____. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* nº 117946 do Tribunal de Justiça do Paraná. Brasília, DF, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 03 de dezembro de 2013.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 70063104749 da Primeira Câmara Criminal, Rel: Sylvio Baptista Neto, julgado em 11 de março de 2015.

_____. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul. Apelação Criminal nº 7005478215 da Segunda Câmara Criminal, Rel: Lizete Andreis Sebben, julgado em 30 de abril de 2015.

_____. Tribunal de Justiça de Santa Catarina. Apelação Criminal nº 2015.020177-0 da Segunda Câmara Criminal, Rel: Sérgio Rizelo, julgado em 26 de maio de 2015.

CABETTE, Eduardo Luiz Santos. Nova Lei do Crime Organizado (Lei 12.850/13): **Delegado e Colaboração Premiada**. Ago. 2013. < <http://atualidadesdodireito.com.br/eduardocabette/2013/08/23/nova-lei-do-crime-organizado-lei-12-85013-delegado-e-colaboracao-premiada/> >. Acesso em: 17 março de 2014.

_____. **Bem jurídico tutelado nos crimes de organização ou associação criminosa**. Revista Jus Navigandi Ago. 2014. < <http://jus.com.br/artigos/31419/bem-juridico-tutelado-nos-crimes-de-organizacao-ou-associacao-criminosa> >. Acesso em: 3 janeiro de 2015.

CAMARGO, Marcelo Ferreira de. **O Acordo de Leniência no sistema jurídico brasileiro**. In: Âmbito Jurídico, Rio Grande, mai. 2004. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=3963>. Acessado em: 3 de julho de 2015.

CONJUR. **Lacunas na delação premiada prejudicam a defesa, dizem especialistas**. Out. 2014. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2014-out-15/lacunas-delacao-premiada-prejudicam-defesa-dizem-criminalistas?utm_source=dlvr.it&utm>. Acesso em 2 de janeiro de 2015.

CUNHA, Rogério Sanches. PINTO, Ronaldo Batista. **Crime Organizado**: Comentários à nova lei sobre o Crime Organizado – Lei n. 12.850/13. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal**: a constituição penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. **Derecho y Razón**: teoría del garantismo penal. 4. ed. Madrid: Trotta, 2000.

_____. **Direito e Razão**: teoria do garantismo penal. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2010.

FERRO, Ana Luiza. **Crime Organizado e Organizações Criminosas Mundiais**. Curitiba: Ed. Juruá, 2012.

_____. PEREIRA, Flávio Cardoso. GAZZOLA, Gustavo dos Reis. **Criminalidade Organizada, comentários à Lei 12.850, de 2 de agosto de 2013**. Curitiba: Ed. Juruá, 2014.

FOLHA DE S. PAULO. **Em 2001, megarrebelião promovida pelo PCC envolveu 29 penitenciárias**. FOLHA – uol.com.br. São Paulo, Mai. 2006. Disponível em: <<
http://www1.folha.uol.com.br/folha/cotidiano/ult95u121461.shtml>> Acessado em 21 de julho de 2015.

G1 SÃO PAULO. **Réus do mensalão ganham perdão judicial por delação premiada**. G1 – Globo.com. São Paulo, Abr. 2013. Disponível em:
<http://g1.globo.com/politica/mentasalao/noticia/2013/04/reus-do-mentasalao-ganham-perdao-judicial-por-delacao-premiada.html> Acessado em: 17 março de 2014.

_____. **Maioria dos crimes no Brasil não chega a ser solucionada pela polícia**. G1 – Globo.com. São Paulo, Mar. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/jornal-da-globo/noticia/2014/04/maioria-dos-crimes-no-brasil-nao-chega-ser-solucionada-pela-policia.html> Acessado em: 15 de abril de 2015.

_____. **Entenda a operação Lava-Jato**. G1 – Globo.com. São Paulo, Nov. 2014. Disponível em: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2014/04/entenda-operacao-lava-jato-da-policia-federal.html> Acessado em: 4 janeiro de 2015.

_____. **Cálculo havia apontado perda de R\$ 88,6 bilhões, segundo Graça Foster**. G1 – Globo.com. São Paulo, Jan. 2015. Disponível em:
<http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/2015/01/calculos-havia-apontado-perda-de-r-886-bilhoes-segundo-graca-foster.html> Acessado em: 16 de junho de 2015.

GOMES, Luiz Flávio. **Direito penal: parte geral**: volume 2. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **Definição de crime organizado e a Convenção de Palermo**. Mar. 2009. Disponível em:
<http://ww3.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20090504104529281&mode=print> Acessado em: 18 de dezembro de 2014.

_____. **O que se entende por acordo de leniência?** 2009. Disponível em:
<http://lfg.jusbrasil.com.br/noticias/101157/o-que-se-entende-por-acordo-de-leniencia> Acessado em: 3 de abril de 2015.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal: Parte Geral**. 12ª Ed. Rio de Janeiro: Editora Impetus, 2010.

ISTOÉ DINHEIRO. **Delação premiada versus leniência: entenda a diferença entre os dois termos**. ISTOÉ - istoedinheiro.com.br. Mar. 2015. Disponível em:
<http://www.istoedinheiro.com.br/noticias/economia/20150325/- delacao--premiada---leniencia-entenda-diferenca-entre-dois-termos/245194.shtml > Acessado em: 14 de julho de

2015.

LAMY, Anna Carolina Pereira Cesarino Faraco. **Reflexos do acordo de leniência no processo penal: A implementação do instituto ao direito penal econômico brasileiro e a necessária adaptação ao regramento constitucional**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2014.

LIMA, Renato Brasileiro de. **Manual de Processo Penal**. Salvador: Ed. JusPodivm, 2014.

LOPES Jr., Aury. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

_____. **Direito Processual Penal**. São Paulo: Ed. Saraiva, 2013.

MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. **A matriz terrorista do crime organizado e o fenômeno da eversão**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL - PRMG. **MPF denuncia quadrilha que fraudava o leite em Uberaba**. MPF – Mpf.mp.br. Minas Gerais, Mai. 2008. Disponível em: <<http://www.prmg.mpf.mp.br/imprensa/noticias/criminal/mpf-denuncia-quadrilha-que-fraudava-o-leite-em-uberaba>> Acessado em: 20 de maio de 2015.

_____. lavajato.mpf.br. **Caso lava a jato: Entenda o caso**. Disponível em: <<http://www.lavajato.mpf.mp.br/entenda-o-caso.html>> Acessado em 10 de março de 2015.

MORO, Sérgio Fernando. **Considerações sobre a Operação Mani Pulite**. R. CEJ, Brasília, n. 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

_____. BOCHENEK, Antônio Carlos. **O problema é o processo**. O Estado de S. Paulo – Estadão.com.br. São Paulo, Mar. 2015. Disponível em: <<<http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-problema-e-o-processo/>>> Acessado em: 30 de abril de 2015.

NOTÍCIAS TERRA. **Entenda o caso Dorothy Stang**. Terra.com.br. Abr. 2013. Disponível em: <<http://noticias.terra.com.br/brasil/noticias/0,,OI2012188-EI306,00-Entenda+o+caso+Dorothy+Stang.html>> Acessado em: 12 de maio de 2015.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Guia Legislativo para a aplicação da Convenção das Nações Unidas contra a criminalidade organizada transnacional**. Vancouver: Março de 2003.

PACELLI, Eugênio. **Curso de Processo Penal**. São Paulo: Ed. Atlas, 2014.

PEREIRA, Frederico Valdez. **A compatibilização constitucional da colaboração premiada**. Revista CEJ, Brasília, Ano XVII, n. 59, p. 84-99, jan./abr. 2013.

PORTAL DE NOTÍCIAS “O DIA” – odia.ig.com.br. **Suíça bloqueia R\$ 1,3 bilhão de contas de investigados na Operação Lava Jato**. Mar. 2015. Disponível em: <<http://odia.ig.com.br/noticia/brasil/2015-03-18/suica-bloqueia-r-13-bilhao-de-contas-de-investigados-na-operacao-lava-jato.html>>. Acessado em 22 de março de 2015.

QUEIROZ, Michel Victor. **Saiba o que é a PEC 37**. O Povo online – opovo.com.br. Jun.

2013. Disponível em: <<
<http://www.opovo.com.br/app/politica/2013/06/24/noticiaspoliticas,3079943/saiba-o-que-e-a-pec-37.shtml> >> Acessado em 3 de agosto de 2015.

RAKOFF, Jed S. **Why innocent people plead guilty**. www.nybooks.com. Nov. 2014. Disponível em: <<http://www.nybooks.com/articles/archives/2014/nov/20/why-innocent-people-plead-guilty/>> Acessado em: 14 de abril de 2015.

REALE Jr., Miguel. **Prisão para pressionar confissão desfigura delação premiada**. CONJUR – www.conjur.com.br. Dez. 2014. Disponível em <<http://www.conjur.com.br/2014-dez-08/miguel-reale-jr-prisao-delatar-desfigura-delacao-premiada>> Acessado em: 15 de janeiro de 2015.

ROSA, Alexandre Moraes da. **Guia Compacto de Processo Penal conforme a Teoria dos Jogos**. Rio de Janeiro: Ed. Lumen Juris, 2013.

_____. LOPES Jr., Aury. **Delação premiada somente pode ser entendida no ambiente pragmático**. CONJUR – www.conjur.com.br. Out. 2014. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2014-out-10/limite-penal-delacao- -premiada -somente-entendida- ambiente -pragmatico>>. Acessado em: 14 de julho de 2015.

_____. **Quem vai julgar o futuro processo da operação “lava-jato”?** CONJUR – www.conjur.com.br. Nov. 2014. Disponível em < <http://www.conjur.com.br/2014-nov-28/limite-penal-quem-julgar-futuro-processo-operacao-lava-jato>> Acessado em: 3 janeiro de 2015.

_____. **Quando a Delação Premiada funciona como máquina de lama**. CONJUR – www.conjur.com.br. Nov. 2014. Disponível em <<<http://www.conjur.com.br/2014-nov-21/limite-penal-quando-delacao-premiada-funciona-maquina-lama>>> Acessado em: 7 de janeiro de 2015.

RUDOLFO, Fernanda Mambrini. **A dupla face dos direitos fundamentais**. Petrópolis: KBR, 2012.

SANDEL, Michael. **Justiça: O que é fazer a coisa certa**. Rio de Janeiro: Ed. Civilização Brasileira, 2014.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Crime Organizado**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminais, fasc. 42. São Paulo, jan/mar., 2003.

SILVA, Virgílio Afonso da. **O Proporcional e o Razoável**. Ed. Revistas dos Tribunais, 2002.

_____. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Ed. Malheiros, 2012.

_____. **Crime Organizado: Procedimento probatório**. São Paulo: Atlas, 2009.

SUANNES, Adauto. **Os Fundamentos Éticos do Devido Processo Penal**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2004.

TOURINHO Filho, Fernando da Costa. **Código de Processo Penal Comentado: Volume I**.

São Paulo: Ed. Saraiva, 2012.

TURESSI, Flavio Eduardo. **Breves Apontamentos sobre Crime Organizado, Delação Premiada e Proibição da Proteção Penal Insuficiente**. Revista Jurídica Esmp-Sp, V.3, 2013.

UNODC - ESCRITÓRIO DAS NAÇÕES UNIDAS SOBRE DROGAS E CRIME.

Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em:

<<<http://www.unodc.org/lpo-brazil/pt/corruptcao/convencao.html>.> Acessado em 11 de fevereiro de 2014.

UNITED STATES DISTRICT COURT. October 9, 2013 Brooklyn, New York. 11-CR-345.

Disponível em: < <https://img.nyed.uscourts.gov/files/opinions/11cr345SOR.pdf> > Acessado em: 15 de abril de 2015.

VALLE, Juliano Keller do. **Crítica à Delação Premiada: Uma análise através da Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Conceito, 2012.

VILLA, Marco Antônio. **Mensalão: O julgamento do maior caso de corrupção da história política brasileira**. São Paulo: Ed. LeYa, 2012.

ZAFFARONI, Eugênio Raúl. **Discursos sediciosos: crime, direito e sociedade**. Editora: Relume Dumará, 1996.